

# 暴行罪における「暴行」概念の史的展開 ——立法・学説史にみる「暴行」の多元性——

芥 川 正 洋

はじめに

## 1 現行刑法（明治40年）成立までの議論

### ①概 観

### ②新律綱領における「闘殴律」

### ③旧刑法（明治13年）の「殴打創傷の罪」

#### （1）「殴打」と「創傷」

#### （2）「殴打」の拡張

#### （3）殴打創傷の罪から暴行罪へ

##### i 暴行の文言の選択

##### ii 小括—「暴行」の内実

## 2 現行刑法（明治40年）における暴行罪

### ①暴行罪（208条）における「暴行」の採用

### ②大正・昭和初期における「暴行」の解釈

#### （1）暴行概念の相対性と統一性

#### （2）無形的方法による暴行？

### ③催眠術と刑事規制

#### （1）現行刑法制定前後の状況

#### （2）ドイツ刑法改正作業における「暴行（Gewalt）」

##### i 暴行の定義規定の創設

##### ii 暴行の定義規定創設の理由

#### （3）分 析

### ④旧刑法における「暴行」—官吏職務執行抗拒罪

⑤「暴行」概念の二重の機能

3 暴行罪における「暴行」の多元性

①現行刑法制定直後における「暴行」の理解

②人身危険犯としての暴行罪

(1) 傷害発生の危険の考慮

(2) 非接触型の暴行

(3) 小 括

③意思侵害犯としての暴行罪

(1) 心理過程への干涉

(2) 被害者の心理過程を経た人身危険

結びにかえて

はじめに

①問題状況

刑法208条は、「暴行を加えた者」を処罰する規定である。暴行により傷害を生じさせた場合には、傷害罪（刑法204条）、致死結果を生じさせた場合には、傷害致死罪（205条）が成立する。暴行罪は、結果的加重犯である傷害罪及び傷害致死罪の基本犯であるとされ、故意をもって暴行が加えられれば、傷害結果ないし致死結果について故意が及んでいなくとも、両罪の成立がありうる。反対に、ある行為から故意が及ばない傷害結果ないし致死結果が生じた場合であっても、その行為が暴行に当たらなければ、傷害罪・傷害致死罪の成立はなく、せいぜい、生じた結果について、過失犯が成立するのみである。それゆえ、故意が及ばない傷害・致死結果が生じた場合、原因となる行為が「暴行」に該当するかが、処罰の軽重を大きく左右する。<sup>(1)</sup>

それでは、「暴行」とはいかなる行為を意味するか。現在、「暴行」を巡る議論は、いささか混迷した状況にある。近時、暴行該当性を取り扱ったものとして、大阪高判平成24年3月13日判タ1387号376頁がある。事案は、被告人と被害者が口論になり、被告人が被害者に詰め寄り、これに応じて被害者

が後ずさりをした際に転倒し、重傷を負った、というものである。裁判所は、「被告人の本件行為は、……被害者をして転倒させてけがをさせる危険を有するというべきであるから、直接の身体接触はないものの、傷害罪の実行行為である暴行に当たる」として、傷害罪の成立を肯定した。<sup>(2)</sup>しかし、単に被告人が詰め寄ってきたことに怯えて、被害者が後ずさりをしたのであれば、脅迫致傷ともいいうる事案である。このように理解できれば、被告人はせいぜい、脅迫罪と過失致死罪の罪責を負うにとどまるべきであろう。

従来、暴行は有形力の行使ないしは物理力の行使とされてきた。<sup>(3)</sup>しかし、有形力・物理力の行使として、暴行概念を規定するだけでは、暴行罪の成立範囲の限界づけは困難である。同判決で暴行該当性が問われた「詰め寄る」行為とは、身体を相手方に接近させることである。このような挙動も有形力・物理力の行使とすれば、たとえば、被害者の面前で身振りを伴って脅迫的言動を行なっても、暴行罪が成立するだろう。このような身振りは、身体の動きにほかならず、有形力との評価が可能だからである。有形力・物理力の行使という要件のみでは、暴行行為とそれ以外（特に脅迫行為）との区別をなすのに十分とはいえないのではないだろうか。

有形力・物理力には、音響やたばこの煙なども含まれるとされる。<sup>(4)</sup>しかし、このような有形力・物理力が人の身体に対して加えられれば、ただちに暴行罪の成立を認めるべきかは、疑問である。われわれの日常生活は、騒音と無縁ではなく、また、たばこの煙に触れることも稀ではない。音響やたばこの煙にさらされた場合、暴行罪を常に認めるべきではないだろう。とすれば、有形力・物理力の行使があったとしても、暴行罪の成立を否定すべき場合もある。<sup>(5)</sup>

そこで、学説では、暴行罪の実質的処罰根拠から、その成立範囲を画す試みがなされている。たとえば、身体に対する侵害を重視し、有形力・物理力が身体に接触することにより暴行罪の成否を分かť見解がある。<sup>(6)</sup>有形力・物理力の接触を求めるところから、たとえば、人に向かって投石したも

のの身辺をかすめるのみで身体に命中しなかった場合は、暴行罪に当たらないとする。<sup>(7)</sup>しかし、仮に命中すれば、身体に重大な傷害が生じる可能性が高く、また、十分に命中する可能性があった場合にまで、暴行罪の成立を否定するとすれば、身体<sup>(8)</sup>の保護に十分とはいえないだろう。また、他方で、有形力・物理力の広範な理解がなされ、音響・たばこの煙なども含まれるとされる現在の法状況の下では、過度に広く暴行罪の成立を導きかねない。

傷害発生<sup>(9)</sup>の危険性により限界を画する見解も主張される。人に向けた投石などは、傷害を発生させる危険な行為であり、命中しなくとも暴行罪により処罰する必要もあろう。しかし、判例では、必ずしも傷害の危険が一見して明らかではない行為にも暴行罪の成立が認められている。たとえば、被服を引っ張る行為<sup>(10)</sup>や、身体に塩を振りかける行為<sup>(11)</sup>などである。このような行為についてまで傷害発生<sup>(12)</sup>の危険を肯定するとすれば、そこで要求される危険は、希薄なものとならざるを得ない。だとすれば、このような危険は広く肯定されよう。害悪を告知することすら、そこから傷害結果が生じることは稀有とはいえないのである。<sup>(13)</sup>

また、暴行の相手方の心理面に着目し、暴行の相手方に与えた不快感・嫌悪感などの心理・感覚により暴行罪の成否を分かち見解も主張される。<sup>(14)</sup>しかし、不快感・嫌悪感は、侮辱や脅迫などの暴行以外の方法でも同様に生じる。とすれば、このような被害者の心理は、暴行とそれ以外の行為を分かち基準たりえないであろう。暴行罪の限界を画する基準は、有形力・物理力の行使に求めざるを得ない。有形力・物理力という限界づけが十分機能するかという疑問に再び逢着するのである。

## ② 本稿の方針

有形力・物理力の行使という基準のみでは、暴行概念を適切に画しえない。そこで、実質的処罰根拠から、暴行罪の成立範囲を画すことは適當である。しかし、従来の学説が、これに十分に成功してきたかには疑問がある。

本稿では、この問題に取り組むための基礎として、暴行罪における暴行概念がいかなる発展を遂げてきたかを立法史・学説史的に跡づける。予告すれば、本稿では、一つの仮説を提示する。すなわち、史的展開の結果として、暴行概念には①意思侵害の要素と②人身危険の要素が含まれるに至ったという仮説である。従来の学説が、暴行罪の成立範囲を実質的処罰根拠から限界づけることができなかった背景には、暴行が、このような多元的な性格を有するものとの認識を欠き、一元的に暴行概念を把握しようとしてきたことがあるのではないか。

暴行が多元的性格を有するとの仮説は、現行刑法が成立する際に「暴行」概念に期待された機能と、昭和初期の学説における「暴行」概念の理解に齟齬があったことから基礎づけることができる。これを明らかにするため、明治初期の法状況までさかのぼることとする。すでにして、新律綱領の解釈に、この齟齬の原因を求めることができるのである。

## 1 現行刑法（明治40年）成立までの議論

### ①概 観

現行刑法の暴行罪規定は、「暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは、2年以下の懲役若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する」と規定する。暴行罪の保護法益については、争いがあるものの、その可罰的行為の中核は、人の身体に対する攻撃であることには一致があろう。このような人の身体に対する攻撃を可罰的とすることは、現行刑法に特有ではない。明治政府が成立して初めての全国的に施行された本格的な刑法典である新律綱領でも、闘毆律において当然に処罰対象とされ、旧刑法においても殴打創傷の罪として処罰対象とされている。

すでに罪名において示されているように、新律綱領においては「殴」、旧刑法においては「殴打」が条文上用いられ、現行刑法において初めて「暴行」という文言が採用されている。ここに文言上の断絶が生じている。なぜ

現行刑法において「暴行」という文言が採用されたか。これを明らかにするためには「殴」「殴打」の具体的内容を明らかにし、なぜ「殴」「殴打」が適切な文言ではないとされ、「暴行」に置き換えられたかを明らかにする必要がある。これを通じて、「暴行」がいかなる意味内容を有すべき文言と期待されたかを明らかにしよう。

## ②新律綱領における「闘殴律」

現行刑法における暴行罪、旧刑法における殴打創傷の罪に対応するのは、新律綱領においては、闘殴律である。闘殴律闘殴条は、以下のような規定であった。

凡闘殴。手足ヲ以テ人ヲ殴チ。傷ヲ成ササル者ハ。答二十。傷ヲ成ス者ハ。答三十。及ヒ瓦石槌棒等ヲ以テ人ヲ殴チ。傷ヲ成ササル者ハ。答四十。血。耳目中ヨリ出テ。及ヒ内損シテ吐血スル者ハ。答八十。

人ノ一指一齒ヲ折り。一目ヲ眇ニシ。耳鼻ヲ抉毀シ若クハ骨ヲ破リ。及ヒ湯火ヲ以テ。人ヲ傷スル者ハ。杖一百。穢物ヲ以テ。口鼻内ニ灌入スル者モ罪亦同。二指二齒以上ヲ折り。及ヒ髪ヲ髡スル者ハ。徒一年。

.....

以上の限りでも明らかなように、闘殴律は、<sup>(15)</sup>闘殴により生じた傷害の軽重に<sup>(16)</sup>応じて細かく刑罰を定めている。また、手足のみで攻撃を加えた場合と、瓦や石、槌などの道具を用いた場合とを区別するなど、傷害を生じさせる手段を詳細に規定している。改定律例においても、このことは<sup>(17)</sup>変わらない。

この規定について、どのような運用がなされていたか。この時代の法運用については、伺—指令を参照することによりある程度明らかになる。明治初年において刑事裁判権を有していたのは、府県及び府県裁判所（のちに、地方裁判所と改称）である。府県及び府県裁判所の裁判権者が法令の解釈適用につき疑義を抱いた場合、これにつき司法省に対して「伺」を立て、これに

対して司法省が「指令」を下し、これに基づき府県・府県裁判所が判断を下すという刑事裁判制度がとられた。これが「伺・指令裁判体制」である。<sup>(18)</sup>司法省から下された指令は、誤判について判断者に責任を追及し、刑事罰を科す新律綱領（改定律例）の態度と相まって、通用力を有していた。<sup>(19)</sup><sup>(20)</sup>明治8年（1875年）に大審院が成立し、行政官庁である司法省から、大審院並びに下級裁判所が分離したが、その後も当分の間は、司法省が各裁判所・裁判官に対し指令を下す権限をなおも持ち続けていた。<sup>(21)</sup>

闘毆律の適用について、伺・指令裁判体制のなかで、いかなる疑義が生じ、そしてどのような解決がなされていたか。本稿の関心との関係では、下の2件が重要である。

（京都裁判所伺）

爰ニ犬ヲ飼ヒ置ク者之ニアルニ近辺ノ兒童時々右犬ニ瓦石ヲ投シ相怒ラシメ遊戲ニ及ヒ候ニ付飼主之ヲ憤リ其投スルノ際ニ膺リ犬ヲ嗾シ懸ケ候所犬忽チ兒童ヲ咬ミ傷ヲ負ハセ候。右ハ畢竟其兒童ヨリ招ク所ノ災害ニ係リ候ト雖モ飼主モ亦罪ヲ問ハサルヲ得サル儀ニ之アリ。然リト雖モ律例ニ処分ノ明文之ナク候。因テ試ニ清律ヲ査シ候ニ畜産咬踢人条<sup>上略</sup>若故放令殺傷人者減毆殺傷一等親族有犯者依尊卑相毆被傷律云々ト之アリ候ニ付右飼主ノ儀モ凡ソ毆傷ニ一等ヲ減シ処分シ若其親族ニ係ル者ハ是亦各等親ヲ毆傷スル律ニ依リ処分シ如何可有之哉。此段相伺候也。

（指令）

闘傷ニ因リテ酌減ス可シ<sup>(22)</sup>

犬をけしかけて人を襲わせる行為<sup>(23)</sup>に、処分の明文がないとして、それゆえに、闘毆律の援引比附（類推適用）<sup>(24)</sup>により処理されている。<sup>(25)</sup>このような行為が身体に対する攻撃であることは間違いないだろう。<sup>(26)</sup>しかしながら、これは、「闘毆」に該当しないため、闘毆律の直接適用の事案とはされなかった。「闘毆」は、全ての身体に対する攻撃を包摂するものとは解されておらず、その文言上の限界は厳格に理解されていたと評価できよう。このような

傾向は、更に次の伺—指令においてより顕著である。

(京都裁判所伺)

第一三条 新律闘毆条闘毆手足ヲ以テ人ヲ毆チ傷ヲ成ササル者懲役二十日トアリ。是其闘ニ依テ人ヲ毆打セシモノノ罪ヲ治スル法ニ候処若爰ニ人ト爭論ノ末怒ヲ発シ其人ノ襟ヲ捕ヘ压倒セント欲シ他人ノ阻当ニ依テ止タ圧セシノミニテ止マルモノノアリ。右ハ已ニ憤争スト雖モ未タ毆打セサルヲ以テ闘毆ニ依テ論シ難キ欤。将タ其毆ツ者ヲ以テ論シ懲役二十日ヲ可科哉

(指令)

毆打ニ至ラス争闘ニ止ル者ハ地方違式例ニ依ルヘシ<sup>(27)</sup>

口論の末、着衣の襟をつかみ「压倒」しようとしたところ、第三者に阻止されて、相手を「圧した」のみにとどまる場合に、毆打に至らないとして闘毆<sup>(28)</sup>律による処分を否定している。ここにも「闘毆(毆打)」という文言の厳格な理解を見て取ることができる。「圧す」という身体に対する攻撃は行われていたとしても、それだけでは、違式<sup>(29)</sup>誹違条例違反(「喧嘩口論及ヒ人ノ自由ヲ妨ケ且驚愕スヘキ噪闘ヲ為シ出セル者」)により処罰されるにとどまる。

新律綱領(改定律例)は、一方では、カズイスティークな規定を詳細に設け、闘毆律についても手段を個別化・具体化しつつも、他方では、類推適用並びに違式誹違条例などの規定により、具体化・個別化された規定に該当しない場合も処罰範囲に含めることができた。その結果として、「毆」の文言は、厳格にその該当性が判断されていたと評価できるだろう。このような「毆」の厳格な解釈態度は、旧刑法における「毆打」の解釈の出発点となるのである。<sup>(31)</sup>

### ③旧刑法(明治13年)の「毆打創傷の罪」

まず、旧刑法における規定を確認する。旧刑法は299条以下で「毆打創傷<sup>(32)</sup>



ノ罪」として、現行刑法の傷害罪、傷害致死罪等に相当する規定を置いている。以下、若干の条文を挙げる。

299条 人ヲ殴打創傷シ因テ死ニ致シタル者ハ重懲役ニ処ス

300条 人ヲ殴打創傷シ其両目ヲ瞎シ両耳ヲ聾シ又ハ両肢ヲ折り及ヒ舌ヲ斷チ陰陽ヲ毀敗シ若クハ知覚精神ヲ喪失セシメ篤疾ニ致シタル者ハ輕懲役ニ処ス

其一目ヲ瞎シ一耳ヲ聾シ又ハ一肢ヲ折り其他身体ヲ殘虧シ癱疾ニ致シタル者ハ二年以上五年以下ノ重禁錮ニ処ス

301条 人ヲ殴打創傷シ二十日以上ノ時間疾病ニ罹リ又ハ職業ヲ営ムコト能ハサルニ至ラシメタル者ハ一年以上三年以下ノ重禁錮ニ処ス

其疾病休業ノ時間二十日ニ至ラサル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ処ス

疾病休業ニ至ラスト雖モ身体ニ創傷ヲ成シタル者ハ十一日以上一月以下ノ重禁錮ニ処ス

301条 3 項に規定する創傷が生じない場合は、違警罪の問題となる。

425条 左ノ諸件ヲ犯シタル者ハ三日以上十日以下ノ拘留ニ処シ又ハ一円以上一円九十五錢以下ノ科料ニ処ス

同 9 号 人ヲ殴打シテ創傷疾病ニ至ラサル者

現行刑法と大きく異なる点の第一は、創傷の程度によって構成要件と法定刑を細分化している点である。そして、第二は「殴打創傷」という概念がこれらの規定で用いられていることである。

#### （１）「殴打」と「創傷」

この「殴打創傷」の文言について、まず、問題となるのは「殴打」と「創傷」の関係である。井上操は、「殴打と創傷と、分ちて二事と為す、立法の精神も、亦実に如此くなり」として、殴打、または、創傷により、各条に所定の結果が発生すれば、各条所定の殴打創傷罪が認められるとする。<sup>(33)</sup> 299条

を例にとれば、殴打により被害者を死亡させた場合はもとより、殴打によらず被害者に創傷を与え、死亡させた場合もまた同条の犯罪の成立があるとするのである。<sup>(34)</sup>しかし、このような見解は有力とはならなかった。<sup>(35)</sup>学説の大勢は、「殴打創傷」を「殴打して創傷する」と理解する。<sup>(36)</sup>すなわち、殴打が原因となって創傷が生じた場合にのみ、殴打創傷の罪が成立する。<sup>(37)</sup>反対に、殴打によらず創傷を与えた場合、殴打創傷の罪は成立しないと理解するのである。<sup>(38)</sup>一例をあげれば「甲あり、性甚だ怯なり。乙之を脅かさんと欲して暗夜怪物に扮して甲に迫る。甲大に恐れ為に疾病を得たり」という事案では、殴打創傷の罪は成立しない。<sup>(39)</sup>身体に創傷が生じた場合であっても「殴打」該当性が否定されることにより殴打創傷の罪の成立が否定される。

たしかに旧刑法では、殴打によらない創傷の例として、

307条 健康ヲ害ス可キ物品ヲ施用シテ人ヲ疾苦セシメタル者ハ予メ謀テ殴打創傷スルノ例ニ照シテ処断ス

308条 人ヲ殺スノ意ニ非スト雖モ詐称誘導シテ危害ニ陥レ因テ疾病死傷ニ致シタル者ハ殴打創傷ヲ以テ論ス

の2箇条を置く。しかし、307条の「健康ヲ害ス可キ物品ヲ施用」とは、毒物による殺害を謀殺罪と規定する293条に対応する規定であり、<sup>(40)</sup>(死亡するに至らない)薬品の投与などを念頭に置いた規定と理解され、<sup>(41)</sup>また、308条も詐称誘導のみの拡張に留まる。この両規定による殴打創傷の罪の成立範囲は、限定的なものにとどまる。それゆえに、やはり「殴打」該当性が殴打創傷の罪の成否に関し、とりわけ問題となった。

先にみたように、新律綱領では、「殴」について厳格な解釈が行われていた。その解釈を「殴打」について及ぼせば、「殴打」とは「殴る」、「打つ」であり、手拳若しくは棒などの道具により打撃を与えることに限られることになろう。<sup>(42)</sup>岡田朝太郎は、殴打の「文字其者より云ふ時は頸部を絞め劇薬を灌き烈火に炙り蒸汽に触れしむるの類を含ます」「殴打創傷という語の狭隘に失する事斯の如し」として、その文言自体が包摂しうる行為の狭隘さを指

<sup>(43)</sup>  
摘する。

新律綱領との対比を行えば、旧刑法では、まず、（創傷の程度については具体化・個別化を行いつつも）方法を原則として「殴打」のみとし、若干の拡張規定として詐術誘導、薬品の使用について規定するとどまり、次に、わが国初めての罪刑法定主義規定（旧刑法2条）<sup>(44)</sup>により類推適用が否定される。更には、違式註違条例が、旧刑法の違警罪に再編される。<sup>(45)</sup> 創傷に至らない身体への攻撃が行われた場合に適用が問題となる425条9号は、前述のように、「殴打」の文言が用いられている。そのため、ここでも「殴打」該当性の制約を受けることになる。すなわち、旧刑法において、身体への攻撃の可罰性は、「殴打」の文言により規律され、殴打該当性がここでの処罰の可否を分かつ。新律綱領下での「殴」の厳格な理解を出発に、この「殴打」概念を理解すれば、その成立範囲は限られたものとなろう。<sup>(46)</sup> 岡田が例示する諸手段（首を絞める、劇薬・蒸気の利用）は、「殴打」に該当しないとして、殴打創傷の罪などが成立しないとすれば、処罰範囲に不満が残る。

新律綱領の闘毆律における「殴」は、類推適用の許容や他罪による処罰より、機能していた文言であった。旧刑法は、これに替え、「殴打」とし、文言の上ではほぼ同様の規定を設けたが、類推適用を排除し、また、違警罪の整備により他罪の処罰のあり方にも変更が加えられた。このような法状況の変化の下にあって、新たな「殴打」の解釈が探られることになる。

## （２）「殴打」の拡張

そこで学説は、この「殴打」の文言が不当であることを前提としつつも、<sup>(47)</sup> 殴打の概念を拡張するのである。すなわち、殴打とは「腕力を以て人の身体に加ふる所為を指示したる文辞なり」<sup>(48)</sup>であり、「或は切り或は蹴り或は突く等の場合の如き苟くも事を暴力に訴へ以て人を創傷するに足る可き行為を包含する」<sup>(49)</sup>、「立法者の意は殴打を以て総ての身体に対する不法の腕力（……）に該当せしめ」<sup>(50)</sup>るところにあるなどとされた。「殴る」「打つ」には必ずしも該当しない腕力の行使も「殴打」に該当するとの解釈である。

このような「殴打」概念の拡張は判例においても行なわれる。大判明治30年2月18日刑録3輯2巻68頁は、被害者に対して打撃を加えた後、被害者の頭部を掴み水に押しつけて窒息死させた事案につき、殴打致死罪の適用が争われたものである。弁護人は、頭部を水に押しつけたこと（押伏せ攪圧）は、「殴打」には当たらず、殴打致死罪が成立しない旨を主張したものの、大審院は「打撃押伏せ攪圧の所為共に刑法に謂ふ所の殴打に外ならず」として、弁護人が争った行為を含め「殴打」該当性を肯定する。「殴打」概念の拡張を行なうのである。このような判断は、大判明治35年12月4日刑録8輯11巻25頁にも見られる。同判決は、帳簿を取り返す為に「組付き」けがを負わせた事案につき、「〔被害者〕に組付きたるは即ち同人の身体に対し暴行を加へたるものにして刑法に所謂殴打の所為たることは論を俟たす」として、殴打創傷罪の成立を認める。大判明治32年11月14日刑録5輯10巻40頁は、強風が吹き降雪もある夜間に被害者を「裸体となし屋内より引出し……井戸端に立たしめ」るように教唆した事案につき、「被告はA〔正犯者〕を教唆してB〔被害者〕に暴行を加へしめ因て同人を死に致したる事実明瞭なれば原院か被告に対し刑法第105條同第299条を適用したるは相当」であるとして、殴打致死罪の教唆犯の成立を肯定した原判断を維持している。

学説の殴打概念の拡張に従い、判例も「殴打」の拡張を行なう。しかし、法律の適用である以上、最終的にそれらの行為が「殴打」に包摂されることは示されなければならない。そして、ある行為に殴打該当性を肯定する理由付けとして用いられたのが、「暴行」である。大判明治35年12月4日（組付き行為）では、所為の「暴行」該当性から「殴打」該当性が導かれ、殴打創傷罪の成立が肯定されているし、大判明治32年11月14日（井戸端に立たせる行為）はより端的に、「暴行」該当性を肯定することにより、殴打致死罪の教唆犯（299条）を肯定した原判断が相当であるとするのである。ある行為が「暴行」に該当するが故に、その行為から創傷の結果が生じた場合に殴打創傷の罪が成立するのである。

### （３）殴打創傷の罪から暴行罪へ

#### i 暴行の文言の選択

「殴打」概念の拡張は、「殴打」を「暴行」と読み替えることにより達成された。「暴行」に該当するがゆえに、「殴打」に該当するという判断が行われたのである。「殴打」＝「暴行」として理解する見解は判例のみに見られるものではない。学説においても、岡田は、殴打は「身体の上に不法の腕力を加ふる場合全体を包含するは毫も疑を容れざる所なり単に暴行と名くるの便利なるに如かず<sup>(51)</sup>」とし、暴行（又は一定の偽計）があったことを、殴打創傷の罪の要件とする<sup>(52)</sup>。江木衷も同様である。「殴打の文字は単に例示に止まり殴打以外の暴行を包含せざるものにあらざると解せざるへからず<sup>(53)</sup>。」学説においても、殴打創傷の罪を肯定するために「殴打」該当性は問われない。むしろ殴打創傷の罪を行為の面で限定するのは「暴行」該当性である。

この点、旧刑法施行後の『刑法草案註釈』のなかで、ボワソナードも次のように改正案を示し、註釈を加えている。

「334条 死に致すの意思なくして故意を以て人を殴打創傷し若くは之に暴行を加え因て死に致す者は重懲役に処す……

『殴打創傷及び暴行』の語辞たる普通言に於ては其意義に多少の差ありと雖とも概ね同意義と看做す所なり。就中暴行なる語辞は常に殴打創傷に比すれば一層輕微なるものを称するものとす。然れども是等の事たる唯犯罪の手段たるに過ぎず。刑法の搜索して其輕重を罰するは犯罪の手段<sup>(54)</sup>にあらざるして其結果に在り……」

ボワソナードも、概ね同意義としつつも、「暴行」<sup>(55)</sup>（violence）と「殴打」<sup>(56)</sup>（coup(s)）の広狭を考慮し、「殴打」よりも広い概念である「暴行」を併せて規定する改正案を示している。発生した創傷結果の輕重を基礎として犯罪の輕重を論ずるときに、「殴打（創傷）」とのみ規定すると、創傷結果を発生させる手段をあまりに限定しすぎる。この旧刑法の規定の弊害を意識したものと位置づけられよう。<sup>(57)</sup>

## ii 小括—「暴行」の内実

「殴打」概念を拡張する意図は、厳格に理解された意味における「殴打」以外の身体に加えられた腕力を捕捉するところにある。このように広く身体に加えられた腕力を「殴打」に包摂しなければならないとする理由は、そのような殴打以外の腕力による場合にも創傷を与える可能性があることに求められる。勝本勘三郎は「殴打」を次のように理解するのである。殴打の「其意は人身を損害する云うに在るを以て苟も人身に損害を与ふべき所為<sup>(58)</sup>」である、と。

このようにして、殴打該当性の拡張を図るために用いられた暴行概念にいかなる機能が期待されるか。それは、「人身に損害を与ふべき」所為、傷害の危険をもたらす行為を広く捕捉することである。暴行がこのような人身傷害の危険が伴う行為を広く包摂し、暴行＝殴打という論理を経由することにより、殴打創傷の罪の成立範囲が拡張される。

## 2 現行刑法(明治40年)における暴行罪

## ①暴行罪(208条)における「暴行」の採用

旧刑法は、明治40年に全面的に改正される。すなわち、現行刑法の成立である。「殴打」の文言の不当性が広く指摘され、学説及び判例が、「殴打」の文言該当性に代え、「暴行」該当性により殴打創傷の罪の成否を決する状況下であって、殴打創傷の罪が「暴行」の文言により置き換えられたことは、当然であったといえよう。

もっとも、明治23年草案では、「殴打」の文言が用いられていた。たとえば傷害致死罪に相当する288条が「人ヲ殴打シテ其身体若クハ精神ニ疾病、創傷ヲ生セシメ因テ死ニ致シタル者ハ二等有期徒刑ニ処ス」と規定し、つづく289条が「人ヲ殴打シテ五官ノ一ヲ失ハシメ又ハ四肢ノ一若クハ陰陽ノ使用ヲ失ハシメ其他重大ナル不治ノ疾病、創傷ヲ生セシメタル者ハ三等有期徒刑ニ処ス」、290条1項が「人ヲ殴打シテ前條ニ記載シタルヨリ輕キ疾病創傷

ヲ生セシメタル者ハ三月以上五年以下ノ有役禁錮ニ処ス」、同2項が「其疾病ノ時間二十日ニ至ラサルトキハ十一日以上二月以下ノ有役禁錮ニ処ス但被害者ノ告訴アルニ非サレハ訴追スルコトヲ得ス」とそれぞれ規定し、傷害結果の発生にとどまる場合に、その疾病・創傷の軽重により法定刑を定めている。旧刑法で「創傷」とのみ規定されていた傷害結果の文言上の拡張を行なったものの、旧刑法の規定形式の色濃い影響を見て取ることができる。これらの疾病・創傷が生じなかった場合については、404条が「人ヲ殴打シ疾病、創傷ニ至ラサル者」と規定する。「殴打」概念により可罰的行為の範囲を画す規定形式であり、旧刑法と同様である。

このような旧刑法に準拠した規定形式からの転換が図られたのは、明治34年草案である。34年草案では、「疾病」「創傷」が「傷害」にまとめられる。単純傷害罪を定める同草案240条は、「人ノ身体ヲ傷害シタル者ハ五年以下ノ懲役又ハ禁錮若クハ百円以下ノ罰金ニ処ス婦女ノ頭髮ヲ切断又ハ毀損シタル者亦同シ」、241条は「身体傷害ニ因リ左ノ結果ヲ生セシメタルトキハ十年以下ノ懲役ニ処ス」とし、失明、失聴、流産など重大な傷害結果が生じた場合に重い処罰を定める。傷害致死罪を規定する242条も「身体傷害ニ因リ人ヲ死ニ致シタル者ハ三年以上ノ有期懲役ニ処ス」とする。これらの傷害罪、傷害致死罪の規定においては、「殴打」の文言が用いられていない。傷害結果・致死結果の原因行為は、殴打以外の方法でも十分となろう。また、これらの結果が生じなかった場合については、245条が「暴行ヲ加フト雖モ人ヲ傷害スルニ至ラサル者ハ拘留又ハ科料ニ処ス」と定める。ここに現行刑法208条（暴行罪）の原型が見て取れる。

このような規定形式は、明治35年改正案でも維持される。傷害罪を規定する同改正案240条、241条、傷害致死罪を規定する同改正案243条は、明治34年草案とほぼ同様の規定を設けている。<sup>(59)</sup> 暴行罪については、245条は「暴行ヲ加ヘタル者人ヲ傷害スルニ至ラサルトキハ拘留又ハ科料ニ処ス」と規定し、34年草案から若干規定ぶりが改められているが、趣旨は変わらない。

これらの作業の結実として、現行刑法（明治40年）208条において、殴打創傷の罪及び旧刑法425条9号（殴打して創傷を生じなかった場合）は、27章に傷害の罪としてまとめられることとなる。そして、周知のように、殴打創傷の文言は消え、「傷害」と「暴行」の文言に代わられる。

刑法改正政府提案理由書では、このような改正を行った理由をいくつか挙げています。「現行法〔旧刑法〕は本章の規定を殴打創傷の罪と名つくと雖も其語穩当を缺き因りて甚しく不便を感じるは既に争う可からざる事実なるを以て本案は改めて傷害の罪と名つけ汎く身体傷害に関する規定たることを明らかにせり。是を以て殴打以外の方法に依り又は外部に創傷を生ぜしめて傷害を生じたる場合の如きも皆之を包含するを以て従来の疑義を氷解せしめたるもの」とする。「創傷」の文言が単なる挫傷や疾病を含まないと解される余地があり、用語として不適切であることや、「殴打」の文言が不適当である旨も指摘されている。前述のような状況において「殴打」が「暴行」の言葉に置き換えられたことは、学説および実務に立法が追従したと評価できる。「殴打」の文言では、傷害を発生させる手段のうち、余りにせまい範囲でしか殴打創傷の罪が成立しないという懸念を払拭するための改正である。傷害を発生させる手段を示すために適当な用語として「暴行」が選択された。

## ②大正・昭和初期における「暴行」の解釈

### （１）暴行概念の相対性と統一性

「殴打」は、殴打創傷の罪に特有の用語であったのに対し、「暴行」は刑法典にまま見られる文言である。この「暴行」の文言を「傷害の罪」の208条（暴行罪）においても採用することにより、暴行罪、公務執行妨害罪や強盗罪、強姦罪などが統一的に議論可能となる。牧野英一は、「暴行脅迫の語は刑法の規定に於て屢遭遇する所なり。……各個の規定に付て論するときは、其の規定の趣旨に従ひ、自ら其の意義に広狭の差あり」とし、現在でもま



ま言及される暴行概念の4分類を行なう。すなわち、「暴行の觀念に付て考ふるに、（イ）最広義に於ては、暴行は有形力の行使の総ての場合を包含す（……）。財物に対する行為も尚之に入るものと解すべし。（ロ）第二の意義に於ては人に対するものなることを必要とす。此の場合に於ては、其の有形力が人の身体に加へらるると財物に加へらるるとを問はずと雖、一定の人に対することを必要とするなり。……（ハ）第三の意義に於ては、有形力が人の身体に対して加へられたるものなることを必要とす。即ち其の財物に対する場合を除外する場合なり（……）。（ニ）第四の意義に於ては、人の反抗を<sup>(61)</sup>抑制する程度のものたることを要す。」

暴行概念は、各構成要件ごとに個別化する。暴行概念の相対化が認められることは、当時の学説も一般に承認しているし、現在でもそうである。しかし、注意すべきは、この牧野の4分類（イ）～（ニ）にあっても、共通の要素として、「有形力の行使」が据えられていることである。すなわち、対象・程度の差異について相対化は肯定できるとしても、「暴行」該当性が肯定されるためには、その行為が「有形力の行使」でなければならないことは「暴行」概念に内在することになる。この限りでは、暴行とは刑法典を通じて統一された意味内容を有するものとされたのである。いうなれば、「統一的暴行概念」が各条の「暴行」の解釈の出発とされたのである。

## （2）無形的方法による暴行？

ただし、現行刑法の成立から大正、昭和初期にあつては、「暴行」＝「有形力の行使」という理解は、必ずしも一致したものではなかった。たとえば、大場茂馬は、無形的方法も暴行罪にいう「暴行」に該当するとし、暴行＝有形力の行使という概念定義を排する。「暴行は有形的手段に依るを以て通常とするも、必ずしも有形的方法たるを要するものに非ず。無形的手段も亦法律上暴行たることを得<sup>(62)</sup>」とする。これに対し、学説の大勢は、暴行を有形的方法に限るとしていた<sup>(63)</sup>。たとえば、岡田庄作は「暴行とは有形的不法の攻撃<sup>(64)</sup>」と暴行を定義し、牧野も、「其の本来の意義に於ては、暴行とは有形

力の行使を意味」<sup>(65)</sup>するという。

このように現行刑法の成立直後において、無形的方法による暴行が議論されていた。しかし、対立は、有意ではなかった。

大場が、無形的方法によっても暴行罪の実現が可能であるとするにより、暴行罪の処罰範囲に含むものとする行為として例示するのは、闇夜に不意に大声を出して驚かせ失神させる場合や、催眠術の施用である。しかし、このような方法については、暴行は有形的方法に限るとする牧野も暴行罪の成立を肯定するのである。いわく、不意に大声を出して相手方を失神させる行為は、「寧ろ有形的方法に依るものと理解すべきに非ざるか」<sup>(66)</sup>として、さらに、「催眠術に因る暗示関係は心理的なものなる意味に於て無形的方法を謂ふことを得へし。」としつつも、やはり、「暗示による行動は一般の意味に於ける自由意思に因るものに非ざるか故に、其の必然的行動なるの意味に於て、之を寧ろ有形的方法に因るものと解すへし」<sup>(67)</sup>とするのである。滝川幸辰も、「暴行の一般的意味は有形力の違法的行使であるが、」「催眠術を施すことは勿論、不意に大声を出して他人を驚かすことも、……暴行である」と論じる。<sup>(68)</sup>

前提とされる処罰範囲は、暴行を有形力に限るとする立場、無形的方法も含むとする立場で、相違はない。大場が無形的方法であるとした催眠術の施用などを、牧野、滝川をはじめとする通説は、有形力の行使と把握することで、暴行に取り込む。催眠術の施用などを「暴行」に取り込むべきとの価値判断を前提に、有形力の行使の「拡張」が行なわれているとみることができる。このような価値判断は、立法作業にまで結実することとなる。すなわち、改正刑法假案7条4項は、「暴行ニハ……催眠術其ノ他ノ手段ヲ施用スル行為ヲ包含ス」と規定する。当時の学説状況に照らせば、「暴行」概念をこのように定義することは適当であっただろう。暴行概念をめぐる立場の如何を問わず、催眠術の施用を暴行に包摂すべしという判断は共通していたのである。

現在の学説では、催眠術の施用が暴行に該当しないことには争いがないとされている。<sup>(69)</sup> そうだとすれば、なぜ、現行刑法が成立し大正から昭和初期にかけての時期には、催眠術の暴行該当性が学説において議論され、有形力の行使の概念を拡張をしてまで、一致して暴行該当性を肯定し、さらには、立法にまで影響を与えようとしていたのであろうか。

### ③催眠術と刑事規制

#### （１）現行刑法制定前後の状況

明治の半ば頃にはすでにわが国でも見られた催眠術は、明治30年代の後半に一つの興隆を迎えた。<sup>(70)</sup> そのなかで、催眠術の施用に対する警戒感が生じることもまた自然であろう。法学界がこのような社会情勢のもと、催眠術の施用の法的規制に無関心ではありえない。

しかし、ここでの議論の中心は、催眠術は「医業に当たるか」であった。<sup>(71)</sup> 旧刑法は、256条で「官許ヲ得スシテ医業ヲ為シタル者八十円以上百円以下ノ罰金ニ処ス」と規定していた。催眠術は「医業」にあたり、官許を要するかが議論されていた。古賀廉造は、催眠術は精神の感応の結果にほかならず、被施術者に診断を行うものでもなければ有形の治療を施すものでもないことから、医業に当たらないとする。<sup>(72)</sup> 一方、医学界からは、反対に、「医業」に当たるとの見解が示される。<sup>(73)</sup>

この問題は、現行刑法とともに制定される警察犯処罰令により一応の解決がなされることになる。すなわち、警察犯処罰令 2 条19号は「濫ニ催眠術ヲ施シタル者」を30日未満の拘留又は20円未満の科料に処すと規定する。警察犯処罰令は、旧刑法の違警罪と共通の規定を多く有するが、この 2 条19号に相応する規定は旧刑法違警罪には見られない。現行刑法制定当時の催眠術の興隆を受けての規定と評価できる。<sup>(74)</sup> これにより、催眠術の施用は、一応、刑事（警察）的規制に服せしめられることになった。

身体に対する侵害を殴打創傷の罪として犯罪化し、創傷・致死結果が生じ

た場合であっても殴打による場合でなければならないとした旧刑法とは異なり、現行刑法の傷害罪は、故意によって傷害結果を生じさせた場合、手段方法に関係なく処罰可能である。<sup>(75)</sup> 更には、催眠術の施用の結果、故意によらず死傷結果が生じたとすれば、過失致死傷罪の適用がある。<sup>(76)</sup> 医業に当たらないという古賀の解釈を前提とすれば、刑事規制が及ばない場面は、催眠術の施用に止まり、なんらの傷害結果を伴わない場合であった。このような場合について立法的手当てが警察犯処罰令でなされた。これが、明治40年の現行刑法（及び警察犯処罰令）制定後の催眠術の施用を巡る法状況である。<sup>(77)</sup> 催眠術の興隆を受けた問題状況に一定の解決は示されたものと評価できる。この下で、催眠術の施用は暴行であるとの解釈が展開され、理由づけの相違はあれ、当時の学界の共通理解を形成していた。

催眠術の施用は暴行にあたる。この解釈は、当時の社会問題を解決する上で、過剰ともいえる。この解釈論の展開の動機は、当時の社会情勢のみによって説明しうるものではない。有形力に限るか、無形力も含むかという暴行の定義の対立を超えて、学説が結論として一致する「催眠術の施用は暴行である」との解釈の淵源は、ドイツにおける刑法改正作業のなかに求めることができる。

## （２）ドイツ刑法改正作業における「暴行（Gewalt）」

### i 暴行の定義規定の創設

ドイツにおける刑法改正の作業の嚆矢は、1909年予備草案（Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch）である。同草案は、次の暴行の定義規定を置く。

12条4号 催眠術、睡眠薬その他の方法で、意識を喪失させ、又は、抵抗不能状態に陥らせた場合も暴行である。

腕力の行使などに加えて、このような薬理的作用・心理的作用を用いた場合も、暴行（Gewalt）に含まれる。このような「暴行」の定義規定を置くことは、この時代の一貫した傾向である。1909年予備草案を受けて作成された

Kahl, Lilienthal, Liszt, Goldschmidt による1911年対案（Gegenentwurf）も、12条6号で1909年予備草案12条4号と全くおなじ定義規定を置き、これらを受けた1913年委員会草案（Entwurf der Strafrechtskommission）の12条5号も同様である。第一次世界大戦を経て、1919年草案（Entwurf von 1919）も9条6号が「催眠又は麻痺させる作用を持つ手段（betäubender Mittel）の使用により人を意識不明又は抵抗不可能状態に陥れた場合も暴行である」と規定する。文言はやや異なるものの、その趣旨は1909年予備草案などと同一とってよからう。この1919年草案と同一の文言は、1925年一般ドイツ刑法草案（Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs）11条6号、1927年一般ドイツ刑法草案9条6号、1930年一般ドイツ刑法草案9条6号にも受け継がれている。第一次世界大戦を挟み、文言の変更は見られるものの、一貫した態度が見て取れる。<sup>(78)</sup>

これらの草案類で、常に催眠術は暴行であるとされている。これがわが国の学説に影響を与えたことは想像に難くない。<sup>(80)</sup><sup>(79)</sup>

## ii 暴行の定義規定創設の理由

問題は、これらの「暴行」の定義規定は、いかなる理由から置かれたか、である。この点、1909年予備草案の理由書は、「本草案は催眠術の施用、睡眠薬の使用を暴行の概念に含めた。本草案では、一般的・類的犯罪である強要罪における暴行という構成要件メルクマールの限界づけについてもこの定義が前提となる<sup>(81)</sup>」とする。この定義が機能する場合としては、強要罪<sup>(82)</sup>（240条）、強姦罪<sup>(83)</sup>（243条）、強盗罪<sup>(84)</sup>（274条）などが挙げられる。これらの犯罪にあっては、構成要件要素として「暴行」が規定されるが、暴行概念の定義規定を総則におき、催眠術の施用や睡眠薬の投与など、「暴行」該当性が疑わしい行為が行なわれた場合に、この疑義を取り除くことが、「暴行」の定義規定を置く理由となる。

強要罪、強姦罪、強盗罪などの犯罪においては、被害者の意思に対して不当な働きかけを行なうことが犯罪の中核である。1909年予備草案理由書で一

般的・類的犯罪類型とされる強要罪(240条)は「違法な目的で、暴行又は脅迫により、人に行為、受忍、不作為を強要した者は、3年以下の輕懲役若しくは禁錮、又は、3000マルク以下の罰金に処す」と規定している。他者に行為や受忍、不作為を強いることが犯罪となり、その手段が「暴行」又は脅迫である。たとえば、相手方に不作為を選択の余地なく行なわせる場合に、睡眠薬を用いることも考えられる。その当罰性は肉体的な力で押さえつけて特定の行為を行なわせず、不作為を強いる場合や、害悪を加える旨を告知して心理に働き掛けて不作為を強いた場合に匹敵する。腕力によらず、また、脅迫とはいえない場合であっても、相手方に働き掛け、意に反して行為、受忍、不作為を強いる手段であれば、このような攻撃方法から相手方の活動を保護する必要性は高いといいうる。「暴行」とは、このような脅迫以外の被攻撃者の意思形成と意思活動の能力を奪うあらゆる作用であると理解されることとなる。これを条文化したものが「催眠術、睡眠薬その他の方法」であると理解できる。<sup>(85)</sup>このことは、「暴行又は人的な現在の危険を及ぼす旨の脅迫により婦女に婚姻外の性交を強要する」と規定する強姦罪<sup>(86)</sup>(243条)、「人に対する暴行又は人的な現在の危険を及ぼす旨の脅迫により、人から動産を奪取し、又は、強奪した(wegnehmen oder abnötigen)者」と規定する強盗罪<sup>(87)</sup>(274条)でも異ならない。<sup>(88)</sup>

これは、1911年対案以降の累次の草案でも変わらない。1911年対案理由書では、暴行概念を定める12条6号について、趣旨は、1909年予備草案と同一であることが示されている。<sup>(90)</sup>各則も同様である。強要罪を定める277条、強姦罪を定める236条、強盗罪を定める304条についても、細かい規定の変遷はあるものの、本稿の問題に関する限りは趣旨は同一と見られる。<sup>(91)</sup>1913年委員会草案、<sup>(92)</sup>1919年草案も同様である。結局、1919年草案建白書(Denkschrift zu dem Entwurf von 1919)が示すように「当罰性に関しては、強盗が、被害者を気絶させるために、殴打を用いたか、麻酔薬を用いたかは、重要ではない」。<sup>(93)</sup>これが、累次の草案類が暴行の定義規定を設け、麻酔薬や睡眠薬の投

与、催眠術の施用を暴行に含めた理由なのである。

### （３）分 析

20世紀初頭、ドイツの刑法改正作業は一貫して「暴行」の定義規定を置き、麻酔薬、睡眠薬の使用、催眠術の施用を「暴行」に含むとしていた。まさしく、わが国の通説が、ときを同じくした現行刑法成立後から、大正年間、昭和初期にかけ、解釈により行なったことである。わが国の刑法学におけるドイツ法の受容の一側面として、このような解釈の展開を位置づけることができる。

しかし、この受容は、果たして必要であったか。

20世紀初頭ドイツの刑法改正における「暴行」概念の定義規定の創設は、強要罪、強姦罪、強盗罪への適用を念頭に検討されたものである。これらの犯罪については、相手方に働きかけ、一定の作為・不作為を強要すること（Nötigung/Abnötigung）が要件ないし要素とされていた。それゆえ、暴行を、腕力の行使のみにとどまらず、相手にこのような作為・不作為を強いることに適した行為にまで拡張する必要性があった。

相手に働き掛けて、一定の作為・不作為を強いる犯罪をわが国も有している。たとえば、累次の草案で挙げられた強姦罪は、わが国でも「暴行又は脅迫」を手段として、相手方に姦淫の受忍を強いる。強盗罪も、通説によれば、暴行又は脅迫により反抗を抑圧することが構成要件要素である。暴行の定義規定を有しないわが国にあっても、「暴行」概念を統一的に把握し、概念規定を行なうのであれば、このような犯罪類型にドイツの刑法改正における議論を取り入れることは可能である。

しかし、すくなくとも強姦罪、強盗罪については、その必要がないのである。これらの犯罪類型にあつては、麻酔薬・睡眠薬の使用や、催眠術の施用を暴行概念に含めなくとも、わが国では、強盗行為については、昏酔強盗罪の成立がありうるとされていたし、姦淫行為が行なわれた場合は、準強姦罪とされる。<sup>(97)</sup>とすれば、この限りで、わが国で、暴行に催眠術の施用、麻酔

薬、睡眠薬の使用を含めるかという議論の重要性は相対的に小さい。<sup>(98)</sup> 意義があるとすれば、同じく「暴行又は脅迫」を要件とする公務執行妨害罪、強要罪など比較的軽微な犯罪である。

もっとも、ここでより重要であることは、この暴行の定義規定が、暴行が手段として規定されている犯罪の暴行概念として議論されたにもかかわらず、わが国はそれを超えた議論として通用したことである。ドイツ刑法の諸草案における暴行の定義規定が適用の対象とする強要罪、強姦罪、強盗罪では、暴行それ自体が処罰されるものではない。強要罪であれば、相手方に行爲、不作為、受忍をさせること、強盗罪であれば、財物奪取の手段として暴行が規定されているのである。これに対し、わが国では、暴行それ自体が身体に対する攻撃として、暴行罪で処罰される。

犯罪の「手段としての暴行」の議論が、わが国では、身体への攻撃として「それ自体犯罪である暴行」の議論と結びついた。ドイツでは、強要罪、強姦罪、強盗罪を犯す手段として、催眠術・睡眠薬が用いられる場合、これらの犯罪の成立を肯定すべきとの判断から、暴行の定義規定が構想された。ここでは、このような暴行の定義規定に該当する行為を身体に対する攻撃として、それ自体として可罰的とすることは考えられていない。<sup>(99)</sup> これに対し、わが国では、その定義規定に包摂される行為をそれ自体として処罰するという形で(も)継受された。つまり、催眠術の施用などが「暴行罪」を構成するか、という議論である。各則の「暴行」の文言を統一的に把握するという解釈により、「手段としての暴行」と「それ自体犯罪である暴行」は、同一の意味内容を有するものと理解される。前者で催眠術の施用が暴行である以上、後者でも同様である。催眠術の施用が暴行罪の「暴行」に該当するという解釈が導かれることとなる。

強要罪、強姦罪、強盗罪において、「手段としての暴行」は、相手方の意思に働きかけるということが中核的な内容である。それゆえに、催眠術などの相手方の意思に不当な働きかけを行なう行為が包摂される。このような理



解が、刑法典を通じて暴行の概念は統一的であるとの解釈を経由することにより、暴行罪の「暴行」にも及ぶことになる。暴行罪の暴行に、いわば、このような意思侵害作用がその内容として含まれることになる。

暴行に意思侵害的性格を読み込むことは、殴打に代え「暴行」の文言を採用した現行刑法制定時には予定されていなかったかもしれない。それゆえ、ドイツの立法動向の受容として説明することは十分可能であろう。しかし、ドイツの刑法改正の動向の影響のみにより説明することは適切ではない。すでに旧刑法における「暴行」概念に意思侵害の要素は含まれていたことも指摘できる。

#### ④旧刑法における「暴行」—官吏職務執行抗拒罪

旧刑法においても、規定上、「暴行」の文言は用いられていた。例を挙げれば、「官吏其職務ヲ以テ法律規則ヲ執行シ又ハ行政司法官署ノ命令ヲ執行スルニ当リ暴行脅迫ヲ以テ其官吏ニ抗拒シタル者」（139条1項。官吏職務執行抗拒罪）、「獄舎獄具ヲ毀壞シ又ハ暴行脅迫ヲ為シテ逃走シタル者」（142条2項）、「暴行脅迫ヲ以テ囚徒ノ逃走ヲ助ケタル者」（147条1項後段）、「裁判官検事及ヒ警察官吏被告人ニ対シ罪状ヲ陳述セシムル為メ暴行ヲ加ヘ又ハ陵虐ノ所為アル者」（282条）、「十二歳以上ノ男女ニ対シ暴行脅迫ヲ以テ猥褻ノ所行ヲ為シタル者」（346条後段）、「十二歳ニ満サル男女ニ対シ暴行脅迫ヲ以テ猥褻ノ所行ヲ為シタル者」（347条）、「人ヲ脅迫シ又ハ暴行ヲ加ヘテ財物ヲ強取シタル者」（378条）、「窃盜財ヲ得テ其取還ヲ拒ク為メ臨時暴行脅迫ヲ為シタル者」（382条）などである。<sup>(100)</sup>

旧刑法下において「暴行」はいかなる理解がなされていたか。比較的議論の蓄積がある官吏職務執行抗拒罪、及び、公務執行妨害罪<sup>(101)</sup>における暴行の概念を素材に、その議論状況を確認する。

暴行罪における暴行と公務執行妨害罪における暴行の顕著な相違は、客体の相違である。前者においては、暴行は相手の身体に対して加えられる必要

があるが、後者にあつては、人に対して向けられるものであれば足りる。直接に人に加えられなくとも、間接的に人に向けられるものであれば足りるとする間接暴行の論理は、すでに旧刑法の官吏職務執行抗拒罪において展開されている。大判明治37年7月5日刑録10輯1500頁は、税務属(税務職員)が被告人に徳利の内容物を訊問する際、税務属が所持している徳利の内容物の臭いを嗅ぐ態を装って接近し、その徳利を奪い取り、傍らに投げ捨てたという事案につき、「刑法139条に所謂暴行は必しも官吏の身体に対し直接に之を加ふることを要せず。官吏其職務を執行するに当り苟も暴行を以て其官吏に抗拒したるときは直接たると間接たるとを問はず官吏の職務執行妨害罪を構成す」と判示する。この解釈は、公務執行妨害罪(現行刑法95条)においても踏襲される。大判明治42年6月10日刑録15輯755頁は、被告人が取調の被疑者を引き渡せなどと暴言を吐きながら、派出所事務室に侵入し、警察官の制止を無視して、そこで取調を受けている被疑者の腕を掴み室外へと引出そうとしたという事案につき、「刑法第95条に所謂暴行とは公務員の身体に対し直接たると間接たるとを問はず不法に攻撃を加ふるを云う」と判示し、公務執行妨害罪の成立を認める。大判明治44年7月6日新聞732号28頁は、鉾山監督署職員が坑内実測を行なうため坑口より坑内に下ろうとする際に、昇降用の巻綱を握持して離さず、「抗争」して、ついには巻綱を切断したという事案につき「刑法第95条に所謂暴行とは公務員の身体に対し直接又は間接に不法の攻撃を加ふるの義」と、同趣旨の判示を行なっている。これらの判例は、間接暴行の可能性を判示するも、いずれも、暴行が公務員の身体に対して加えられていることを認めている<sup>(102)</sup>。しかし、判示からは、公務員の身体に暴行が加えられることは要件とされないだろう。大判大正6年12月20日刑録23輯1566頁は、群衆取締中の警察官が乗船する船に取りすがり、操船していた水夫に暴行を加えるほか、船板を舷に叩きつけたり、備付けの器具を破壊するなどの行為を行なった事案につき、「刑法第95条の罪は公務員が職務を執行する場合に於て公務員に対して暴行脅迫を加ふるに因りて成立し其暴

行脅迫が公務員の身上に対して行はるることを必要とせず」とし、これらの所為が「公務員……が職務を執行するに当り直接に之に暴行を加えたるものに外なら」ずとして、公務執行妨害罪の成立を肯定する。大判昭和7年4月5日新聞3425号13頁は、村議会議員の被告人が、議事に不満をもったことから、各議員の議席に配布されていた議案を「搔浚ひ之を窓外に投棄した」という事実につき、「公務員に対し暴行を加へたるものと謂ふ可く刑法第95条第1項の犯罪を構成する」と判示する。

学説においても、このような間接暴行の論理は広く受け入れられていたが、この判例の展開に照らすとき、これは旧刑法における官吏職務執行抗拒罪の解釈に淵源が求められよう。<sup>(103)</sup>

旧刑法下では、たとえば、小疇伝は、次のように論じて、間接暴行が官吏職務執行抗拒罪を構成することを説明する。「本罪は官吏の職務執行に関する意思の実行を妨くるもの即ち行為の自由を妨くる行為なるか故に本条に所謂暴行は現在の反抗力に打勝つために体力を用ゆることを要す」「本条の暴行は必ず被抗拒者の意思実行を左右すへき（妨くる）目的を以て行なはれたることを要す。而して其暴行は直接に官吏の身体に対して行はると又は第三者又は物の上に暴行を加ふることに依て間接に官吏に対し抗拒することを得へし」<sup>(104)</sup>。官吏職務執行抗拒罪にあっては、その暴行は官吏（被抗拒者）の意思を阻害するべく作用するものであるから、その暴行が間接的であっても、直接の暴行と同様に意思を阻害しうるものであれば、本罪を構成することに妨げはない。井上操は、官吏職務執行抗拒罪の解釈において、「暴行」とは「勢力を以て、迫て人の身体を侵すことなり、……身に迫り、……其〔他人の一引用者注〕自由を制縛するの所為なり、故に迫て其身心を侵すにあらされは、暴行は、即ち暴行なりと雖も、……犯罪を構成するの暴行とはいうへからず」とする。<sup>(105)</sup>「暴行脅迫」として、脅迫と並置される「暴行」は、脅迫と類似する行為、意思侵害的手段として位置づけられることになる。「刑法上暴行脅迫と記載したる場合の暴行は仏語有形的暴行（ウイオラ

ンスフィジック)の義にして不法の腕力に因り他人の身体を強制するもののみを謂う」(カッコ内及び圈点は原著者)と記すは、岡田朝太郎である。<sup>(106)</sup> 暴行とは意思侵害作用を有する行為であることが本質的内容として把握されていた。ここでフランス語の(有形的)暴行とされる violence (physique) とは、要するに強く迫ることである。

間接暴行の論理は旧刑法下での判例にすでにその端緒がみられる。その自然な展開としてその後の判例・学説を位置づけるとすれば、旧刑法下での議論が暗黙裏に継承されたと理解することも可能であろう。すなわち、公務執行妨害罪の「暴行」は、意思侵害作用を伴う行為として理解される。

#### ⑤「暴行」概念の二重の機能

このように「暴行」という文言の中には人の意思に対して不当な働きかけを行なうという要素が含まれていた。そして、これが、ドイツの刑法改正作業の動向を反映し、催眠術の施用等を暴行と把握することを通じ、決定的な方向づけを受けたと位置づけることが適切である。ここで見られるのは、人の意思に働き掛ける手段としての「暴行」の概念規定である。殴りつけ失神させようとも、麻酔薬で眠らせようとも、はたまた、催眠術を施用しようとも、その被害者が十全な意思を働かせることが出来ないという点で等価である。それゆえ、麻酔薬の使用や催眠術の施用も暴行として含まれることになる。

しかし、この観点は、一面に過ぎない。既述のように殴打創傷の罪に替え、暴行罪・傷害罪と文言を替えた趣旨は、「殴打」「創傷」の文言が、不当に狭く理解されてしまうおそれを排斥するためであった。ここで「暴行」の文言を選択することで、処罰範囲の拡張(処罰範囲が狭隘であるという疑義の除去)を成し遂げたが、この拡張は、創傷・傷害を惹起する手段としては「殴打」が狭隘に過ぎることを前提とした拡張であった。すなわち、創傷・傷害を惹起する手段を広く包摂する文言としての「暴行」の採用であった。

典型的には、「殴る」「打つ」以外の腕力の行使（「組み付き」「攪圧」）である。

かくして、暴行罪において「暴行」の文言は、二つの機能を帯びることが期待されることになる。第一は、現行刑法への改正が当初期待した機能である。つまり、傷害結果が発生するような行為であれば、狭い意味での「殴打」（殴る、打つ）に該当せずとも、処罰すべきとの要請にもとづく機能である。つまり、傷害結果発生危険性のある行為を包摂する機能である。

第二の機能は、現行刑法上散見される「暴行」の統一的解釈を背景とし、さらに、ドイツの刑法改正作業の影響を受けた学説の発展より生じる。意思に対する不当な働き掛けの捕捉である。必ずしも腕力の行使といった暴行の中核にあたる行為でなくとも、薬理作用によって意識を失わせたり、催眠術などの手段により心理過程に作用したりすることで、人の意思作用を侵害する行為を暴行罪で可罰的とする。

このような多元的性格を持つ概念として「暴行」を把握した場合、改正刑法假案7条4項は、まさにこれを企図した規定であると了解できる。すなわち、「暴行ニハ健康ヲ害スヘキ物ヲ施用シ又ハ人ノ意識ヲ障礙シ若ハ抗拒ヲ妨クル為催眠術其ノ他ノ手段ヲ施用スル行為ヲ包含ス」。健康への侵害行為、そして、意思への侵害行為が、共に「暴行」とされる。

### 3 暴行罪における「暴行」の多元性

明治、大正、昭和初期の立法・学説史を通じて、暴行罪における暴行概念の多元的理解が浮き彫りになる。このような多元的理解は、実務にも底流しているのではないか。暴行罪の成否が問われた若干の事案を中心に、実務に底流する、この暴行概念の多元性を示すことにする。

#### ①現行刑法制定直後における「暴行」の理解

大場茂馬は「身体に対する暴行とは人の身体に対する不法の処置なり。別

言すれば人の身体其のもの又は健康に対する不法なる攻撃なり」と暴行罪に  
 おける暴行の意義を説明する。<sup>(107)</sup>このような身体に対する攻撃としての暴行の  
 理解は、判例にもみられるものである。大判明治45年6月20日刑録18輯896  
 頁は、「毛髪鬚髯……を截断し若しくは剃去する行為……が身体の一部に対  
 する不法侵害たる暴行なることは之を争う余地存せず」として暴行罪の成立  
 を肯定する。同判決は、毛髪鬚髯の截断・剃去は、健康状態の不良変更を生  
 じさせないとして、傷害該当性を否定する。そうすると、毛髪鬚髯の截断・  
 剃去する行為は、傷害を生じさせる危険性もないということになろう。<sup>(108)</sup>これ  
 を一般論として判示するは、大判昭和8年4月15日刑集12巻427頁である。  
 同判決は、電車に搭乗しようとする被害者の被服を掴む行為につき、「暴行  
 とは人の身体に対する不法なる一切の攻撃方法を包含し其の暴行か性質上傷  
 害の結果を惹起すべきものなることを要するものに非ず。」として、暴行罪  
 の成立を肯定する。身体に対する攻撃を暴行として理解する以上、そのよう  
 な攻撃が身体に加えられれば、傷害の危険の有無に関係なく、暴行罪の成立  
 が認められることになろう。それゆえ、現行刑法制定直後では、「身体」の  
 範囲が議論の対象となる。すなわち、泉二新熊は「毛髪鬚髯のみに対する不  
 法影響にして身体（筋肉を以て圍繞せられたる部分）に影響を及ぼさざるも  
 のは暴行に非すと解するを穩当とす」<sup>(109)</sup>（カッコ内は原著者）として、身体  
 の範囲を厳格にとらえる。これに対し、宮本英脩は「着衣の袖又は所持の鞆」  
 を例示し、「身体の延長と見うるもの」に有形力が加えられれば、身体侵害  
 を肯定することができるとし、<sup>(110)</sup>身体と評価しうる範囲を拡張するのである。

しかしながら、身体の範囲をめぐる議論は、さほどの重要性を有しなかつ  
 た。判例は、身体侵害結果が生じない場合、つまり、有形力・物理力が身体  
 に接触しない場合も、<sup>(111)</sup>暴行罪の成立を肯定する。

## ②人身危険犯としての暴行罪

身体に直接触れなくとも、身体傷害をもたらす危険がある行為も観念でき

る。殴打に代えて、暴行という文言を現行刑法が採用することが、傷害をもたらしうる行為の幅広い包摂を期待したものであるとすれば、身体への接触が生じなかった場合も、暴行罪の成立範囲に取り込むべきことになる。

### （１）傷害発生危険の考慮

たしかに、判例は、前掲・大判昭和8年4月15日において「性質上傷害の結果を惹起すべきものなることを要するものに非ず」とし、傷害の危険は、暴行罪成立の必要条件ではないとする。しかし、傷害結果発生危険が、暴行罪の成立に全く考慮されていないわけではない。最判昭和29年8月20日刑集8巻8号1277頁は、音響による暴行が肯定された事案である。同判決は、「ブラスバンド用の大太鼓、鉦等を連打し同人〔被害者〕等をして頭脳の感覚鈍り意識朦朧たる気分を与え又は脳貧血を起さしめ息詰る如き程度に達せしめたときは人の身体に対し不法な攻撃を加えたものであつて暴行と解すべきである」（○点は引用者）として、暴行罪の成立を肯定する。音響を有形力・物理力とするならば、音響が被害者に達していれば、身体に対する攻撃があったとすることは可能である。しかし、同判決は、被害者らに対して、一定の生理的障害の発生を要求している。「頭脳の感覚の鈍り」「意識朦朧たる気分」が傷害罪を構成するかはさしあたり置くとして、このような状態に被害者が陥ったことが暴行罪の成否を分かつとすれば、それは、傷害結果発生危険性の徴表として理解することが可能であろう。

### （２）非接触型の暴行

判例は、被害者に向けて物を投げつけたもののそれが命中しなかった場合に、暴行罪の成立を認める。たとえば、東京高判昭和25年6月10日高刑集3巻2号222頁は、投石行為につき、「石は投げた所に止るものでなくはねて更に同方向に飛ぶ性質のものであるから数歩手前を狙つて投げても尚Aに向つて投石したといひ得るし……右被告人等の投石行為はAに向つて不法の物理的勢力を発揮したもの即ち暴行を為したものといひ得る」として、暴行罪の成立を肯定する。<sup>(114)</sup>被害者の近辺に投げられた石は、場合によっては被害者に

命中したかもしれず、それゆえに、傷害結果発生の危険性は認められよう。さらに、最決昭和39年1月28日刑集18巻1号31頁も同様にして理解可能である。同判決は、四畳半の室内で被害者を驚かすために日本刀の抜き身を数回振り回したところ、凶らずもそれが相手方に接触して、死亡させたという事案につき、日本刀の抜き身を振り回した行為が暴行に該当するかが争われたものである。同判決は、理由付けを詳細には示さず、括弧書きで「狭い四畳半の室内で被害者を驚かすために日本刀の抜き身を数回振り廻すが如きは、とりもなおさず同人に対する暴行というべきである」として、傷害致死罪の成立を認めた原判決を支持する。このような狭い室内で日本刀を振り回す行為は、一つ間違えば被害者に刀身が接するなどし、傷害の結果を生じうるだ<sup>(115)</sup>ろう。同判決についても、有形力の身体への接触につき故意がなくとも、傷害の危険が認識されていたものとして、暴行罪を肯定したと理解できる。<sup>(116)</sup>

### (3) 小 括

判例は、明示的ではないものの、傷害の危険を生じさせる行為について暴行罪を肯定する。その結果として、暴行が身体侵害の結果をもたらすこと、つまり、身体に有形力・物理力が接触することは、重要ではなくなる。身体に接することがなくとも、十分に傷害の危険をもたらす行為がありうるからである。暴行罪の成立範囲に、第一の拡張が生じる。暴行罪の暴行は、「身体に対して加えられる」ことにより、他の規定における広義の暴行（たとえば公務執行妨害罪における暴行）と区別されていた。しかし、傷害の危険がある行為については、有形力・物理力が身体に加えられていなくとも、身体の近辺に向けられていれば、暴行罪の成立が肯定されうる。少なくとも身体の近辺に向けられていれば、傷害結果の発生がありえた、傷害発生の危険性が肯定できるからである。<sup>(117)</sup>

## ③意思侵害犯としての暴行罪

### (1) 心理過程への干渉



現行刑法が「暴行」の文言を採用する際に期待された人身危険犯的側面は、暴行罪の成立に有形力・物理力の接触を要さないという判例の態度に現れを見ることができる。しかし、反対に、有形力・物理力の接触があれば、それだけで暴行罪が肯定されるものでもない。裁判実務において、有形力・物理力の身体への接触がみられる場合であっても、身体に与える影響が軽微である場合に、暴行罪の成立を否定するものがある。たとえば、東京地判昭和42年8月15日判タ231号202頁は食堂でテーブル脇を通り過ぎようとする女性に足を突き出して転倒させる行為につき、「肉体的苦痛を与えるような性質のものではなかった」、また、大阪地判昭和49年3月22日判タ316号283頁は、立ち去ろうとする者を制止するために肩口を手の平で叩く行為につき、「被告人の行為は、刑法第95条、第208条にいう『暴行』にはあたらない」として、暴行罪の成立を否定している。<sup>(118)</sup><sup>(119)</sup>

しかし、一見したところ、このような軽微な身体への影響しかもたらしていないにもかかわらず、暴行罪の成立を肯定した判断もみられる。軽微な身体への影響しか生じなかった場合、暴行罪の成否を分かつものはなにか。ここでは、暴行罪の成立の積極的事情として、意思侵害が考慮されているように思われる。前掲・大判昭和8年4月15日はこの好例であろう。同判決は、取り囲み被服を掴んだという行為が暴行罪の暴行に当たるとする。そして、その理由づけにおいて、「暴行とは人の身体に対する不法なる一切の攻撃方法を包含……〔する〕。而して人か電車に搭乗せんとするに当り不法にも其の被服を掴みて引張り或いは取囲みて身体の自由を拘束し其の電車に搭乗するを妨くるか如きは人の身体に対する不法なる攻撃に外ならざるを以て……暴行に該当するもの」としたのである。ここで、「暴行」該当性を基礎づけるのは、傷害の危険性ではない。被服を掴み引っ張る・取り囲むという行為が、被害者の「自由」を侵害するものであったことから「暴行」が基礎づけられている。

もっとも、被害者の行動の自由が暴行により侵害されたのであれば、むし

る逮捕罪の問題となろう。ここで、暴行罪の成立を積極的に基礎づける「自由」侵害は、逮捕に至らない程度で十分といえる。物理的には自由な行動の余地があったとしても、心理的にそのような行為を取りにくくさせることで十分と理解できる。暴行罪の成立に積極に働く事情として、暴行の相手方の意思ないし心理に不当な影響を与えることが考慮されている。

福岡高判昭和46年10月11日判時655号98頁もこの延長に位置づけることができる。同判決は、被害者に対して大さじ2杯程度の塩を振りかけた行為につき、次のように判示して、暴行罪の成立を肯定する。「刑法第208条の暴行は、人の身体に対する不法な有形力の行使をいうものであるが、右の有形力の行使は、……必ずしもその性質上傷害の結果発生に至ることを要するものではなく、相手方において受忍すべきいわれのない、単に不快嫌悪の情を催させる行為といえどもこれに該当するものと解すべきである。そこで、これを本件についてみるに、被告人の……所為がその相手方をして不快嫌悪の情を催させるに足りるものであることは社会通念上疑問の余地がないものと認められ、……被告人の本件所為が右の不法な有形力の行使に該当することはいうまでもない。」同判決は、塩を振りかけた行為を暴行とするが、これ自体は身体に対し軽微な影響しかもたらさないだろう。本件の事案は、労働争議の過程で、いわゆるスト破りをした被害者に対し、ストライキを実行する対立組合に属する被告人らが20名程度で詰め寄り、被害者が立ち去る際に犯行に及んだものである。いわば、被害者を追い立てるように暴行行為に及んでおり、そのような具体的事情の下での犯行であることに重点があるとも理解できる。<sup>(121)</sup>「不快嫌悪の情」とは、その対象を避け、距離をとりたいという心理状態である。塩まき行為により、心理過程に干渉し、意思を侵害したことに、可罰性の中核が求められている。<sup>(122)</sup>下級審ではあるが大阪地判昭和47年5月25日刑月4巻5号1061頁では同様の傾向がより明確に見て取ることができる。本件では、爆竹を被害者に投げつけ2～3メートル手前で破裂させ、又は、その足元付近に置いて破裂させる行為の暴行該当性が争われた。同判

決は、足元に置かれた爆竹は爆発により紙片が飛び散るにすぎず、被害者の衣服に紙片が付着する程度で、そのままでは傷害をもたらすものではないとしつつ、「相手方に対して相当の動揺を与えていることは明らかに認められる」として、暴行罪の成立を肯定する。身体に対する侵害は全く存しないか、少なくとも取るに足るものでない。身体に対する侵害ではなく、爆竹を破裂させることによって、被害者の意思に対して侵害作用を及ぼしたことが可罰性を根拠づけている。

これらの事案にあっては、身体への侵害それ自体は軽微であり、それだけでは暴行罪としての可罰性に疑いが生じよう。そこで、「暴行」の意思侵害的要素を考慮することで、この不足を補っているのではないか。意思侵害的側面を考慮することによって暴行罪の成立範囲が拡張される。

## （２）被害者の心理過程を経た人身危険

このような意思侵害が行われたことを考慮して、暴行該当性を肯定するという判断方法は、被害者の心理を介して人身危険が生じた場合にもみられる。

これが明らかになるのは、相手方を追いかける事案である。判例は、相手方に接触せずとも、追跡行為それ自体が暴行であるとしている。たとえば、東京高判昭和51年12月6日東高刑時報27巻12号160頁は、いわゆる過激派に属する被告人が、大学構内で被害者（女性）を対立組織の偵察者であると誤認し、被害者が守衛所に逃げ込もうとするのを追跡し続けた、という事案につき、次のように判示して、追跡行為に暴行該当性を肯定する。「暴行罪における暴行は、人の身体に対する有形力の行使をいうのであって、その有形力は、必ずしも相手方の身体に触れることを要するものではなく、いやしくも社会通念上身体に対する実害発生の危険性が大きであって、相手方に強い不安ないし精神的動揺を与えると認められるものであれば、それをもって足りると解すべきである」。追跡行為それ自体は、傷害の危険をもたらすものではない。追跡行為がなされた結果として、その相手方に心理的な圧迫を加え、みずから危険な行動を取るようさせることを通じて、傷害発生の危険

性が生じている。追跡行為に身体傷害の危険を肯定するうえで、このような被害者の心理過程への干渉を考慮することは不可欠である。暴行罪の成否に当たり、その相手方の意思を侵害し、危険な一定の行動を取らせるように、いわば強制することに暴行該当性を肯定している。

下級審の判断ながら、追跡行為の暴行該当性の判断基準を一般的に判示するのは、東京地判昭和35年6月16日判タ105号103頁である。すなわち、「追跡行為を暴行と認める諸判例(……)等の趣旨は、暴行と認める追跡行為自体に逃走者をして危害を予想させるような言動とか、凶器を携持するなど、客観的に相手の身体に危害を加える意思を推定させるに足る事実を伴うか、或いは既に暴行を加えられ、引き続き暴行を加えられることを避けるべく逃走した者を追つて、これをして逃げ場を失わしめるような場合に、これらの追跡を暴行と解しているのである。本件の場合、被告人において単にAを捕えようとする意図しかなく、追跡に際し同人に向つて危害を加えるような言動を示していない。……被告人がAに追いついたと思われる地点における道路、建物の位置、状況などから同人をして逃げ場を失わしめたものとは考えられない。かような場合、この追跡行為をもつて直ちに暴行と目することはできない」。同判決においても、追跡行為の暴行該当性の判断基準は、被追跡者が心理的にいかに圧迫されていたかということに求められている。被告人自身が危害を加える意図であったか否かではなく、被追跡者側からどのように見えるかが追跡行為の暴行該当性を判断する決定的基準となっている。相手方から危険(危害を加えられる)と見える追跡行為を行うことで、その心理過程に干渉し、自ら危険な行動を取らせ、これにより傷害発生の危険を生じさせる。本稿の冒頭であげた大阪高判平成24年3月13日判タ1387号376頁も同様である。一定の距離を保ちつつ、詰め寄る行為は、被害者に心理的圧迫を加え、その結果として「後方が確認できないまま後ずさりする」という危険な<sup>(123)</sup>行為を強制した。そして、転倒・受傷させたのである。詰め寄る行為は、その相手方の心理過程への干渉を考慮して初めて人身に対する危険な

行為というる。

これらの事案における暴行該当性の判断は、暴行罪の意思侵害犯の性格と人身危険犯の性格の双方が相まってなされる。暴行罪の多元的性格が如実に表れる事例群である。

### 結びにかえて

本稿は、立法史・学説史から、暴行罪における暴行概念が多元的な性格を有するものとして、理解されてきたことを明らかにした。その多元的な性格は、明示されることはないが、暴行該当性の限界が問われる事案において、現れをみることができる。ただし、このような法状況を妥当とし、そのまま肯定してよいかは、別個の問題である。

人身危険犯の性格は、現行刑法の暴行罪規定を創設する際に、積極的に期待された機能である。すなわち、「殴打」では傷害をもたらす手段を余りに狭くしか捕捉できないところ、これを解消する文言としての「暴行」である。「暴行」には、傷害をもたらす手段を（殴打よりも）広く包摂することが期待される。

これに対し、意思侵害犯の性格は、第一には、公務執行妨害罪など、暴行罪と同様に「暴行」という文言を用いる規定との統一的理解（統一的暴行概念）、そして第二には、ドイツの立法作業の動向の影響を受け、暴行罪の「暴行」に付与された機能である。しかしながら、すでに指摘したように、少なくともドイツにおける立法作業において、「暴行（Gewalt）」の定義規定を設ける趣旨は、暴行を手段とする犯罪の成立範囲の明確化にあったのであり、暴行行為を単独で処罰するわが国とは、問題状況を異にする。

このように問題状況を異にするドイツの議論の影響を受けた「統一的暴行概念」が暴行罪の成立範囲の拡張を招いているとすれば、これには再考の余地がある。たしかに、意思侵害犯性格から暴行罪の成立を認めた事案は多くない。しかし、この影響は、追跡行為など心理的圧迫を加える行為に暴行を

肯定する論理につながるとすれば、このような場合をも含めて、はたして暴行該当性を肯定すべきかは、十分検討に値しよう。相手方の意思を侵害して、危険な行為を取らせることは、脅迫行為によっても可能である。とすれば、暴行に意思侵害犯的性格を読み込むことにより、本来は「脅迫致死傷」として処理すべき事案の多くに、傷害罪・傷害致死罪の成立の余地を開くことにもなる。

現行刑法の成立により、暴行罪を巡る議論は、統一的暴行概念に基づいて出発した。しかし、これが、不適切な処罰の拡張を招いているとすれば、暴行罪における暴行と、暴行を手段として規定している他の規定との差異をより顕示する解釈論を探るべき必要性もあるだろう。<sup>(124)</sup>

- (1) また、207条(同時傷害の特例)は「二人以上で暴行を加えて人を傷害した場合」と規定するから、この適否にも暴行該当性が問題となる(この点につき、香川達夫「無形力行使と傷害」警察研究52巻8号(1981年)13頁は、2人以上が意思連絡なく、嫌がらせ電話を架けるなどして傷害を負わせた場合を提示し、有形力の行使の場合より、同時傷害の特例が適用される必要性が高いとして、暴行該当性による限定を問題視する)。
- (2) 同判決についての評釈として、神馬幸一「判批」刑事法ジャーナル38号(2013年)73頁以下、本田稔「判批」法学セミナー708号(2014年)123頁、古川原明子「判批」龍谷法学47巻2号(2014年)189頁以下。
- (3) 有形力、物理力の語義については、平野龍一『刑法概説』(1977年)166頁参照。本稿では、両者を区別せず用いる。
- (4) 前田雅英編『条解刑法』(第3版、2013年)597頁。
- (5) 音響による暴行罪につき、とくに、木田純一「騒音による暴行罪」法学セミナー217号(1973年)110頁参照。騒音は身体に対する不法な攻撃であり、暴行罪成立の一般的可能性は否定できないとして、相当性による解決を示す。また、たばこの煙については、とくに、岡本光樹＝片山律＝谷直樹「タバコ受動喫煙と刑法事例別Q&A(第1回)」捜査研究781号(2016年)39-40頁。「判例及び学説上多数派の考え方によれば」受動喫煙に暴行罪が成立しうると指摘する。
- (6) たとえば、平野竜一「刑法各論の諸問題3」法学セミナー199号(1972年)77

頁、山口厚「暴行・傷害」法学教室202号（1997年）95頁など。

（7）平野・前掲注（6）77頁。

（8）それゆえ、近時では、接触の要件を緩和し、心理学のパーソナル・スペースの知見をもとに、身体領域の物理的侵害とする見解（増井敦「暴行罪における暴行概念と傷害致死罪」産大法学40巻3＝4号（2007年）16頁以下）も主張される。もっとも、身体領域への物理的侵害がありさえすれば、常に暴行罪を認めるべきかは疑問である。本文で指摘する問題は同様に妥当する。

（9）たとえば、野村稔「暴行罪・傷害罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的課題—各論』（1996年）38頁（野村稔『刑法研究〔下巻〕』（2016年）31頁以下に所収）、京藤哲久「暴行の概念—暴行の『結果』及び暴行の程度の判断基準—」芝原邦爾編『別冊法学教室 刑法の基本判例』（1988年）97頁。近時の詳細な分析として、原田保「暴行罪の成立範囲—唾かけ事件有罪判決を契機に—」愛知学院大学論叢法学研究54巻3＝4号（2013年）93頁以下。

（10）大判昭和8年4月15日刑集12巻427頁。

（11）福岡高判昭和46年10月11日判時655号98頁。

（12）林幹人『刑法各論』（第2版、2007年）59頁。また、古川伸彦「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第6版〕』（2008年）11頁も参照。もっとも、塩のふりかけについては、暴行罪の成立を否定する立場も有力である（野村・前掲注（9）38頁、京藤・前掲注（9）97頁、原田・前掲注（9）114頁）。

（13）個室式エステ店に侵入してエアガンを持して同店従業員ら脅迫したところ、被告人らが認識していない同店経営者が店内から屋外へと逃走を図り、その際、傷害を負った事案につき、東京地判平成15年3月6日判タ1152号296頁は「直接エアガンを突きつけられていない者であっても、恐怖心の余り、難を逃れるために被害店舗から外に脱出しようとして怪我を負うことも考えられること」であるから、強盗致死傷罪が成立するとする。

（14）たとえば、沢登佳人「暴行・脅迫の意義」日本刑法学会編『刑法講座第5巻』（1964年）232頁、山火正則「判批」神奈川法学8巻3号（1973年）67-68頁（身体的苦痛に限定する）、木村栄作「判批」警察学論集25巻5号（1972年）119頁（身体的苦痛の可能性で足りるとする）。

（15）闘毆とは、「争論をするを。闘と云ひ。手足にて相打を。毆と云ふ。闘毆は。即ち忿争め相打ことなり」（近藤圭造編『増補 皇朝律例彙纂 卷四』（1877年）47頁（引用中、カタカナはひらがなに改め、旧字体は新字体に改めた。以下、同じ））と

される。

- (16) 死亡させた場合については、人命律闘殴及故殺条が、「凡闘殴シテ。人ヲ殺ス者ハ。手足他物金刃ヲ問ハス。并ニ絞。」(旧字体は新字体に改めた。以下、同じ。)と定める。なお、改定律例では、刑が終身懲役に改められている(闘殴及故殺條例175条)。
- (17) 改定律例では、笞刑、杖刑、徒刑がそれぞれ懲役刑に改められている。
- (18) 以上につき、霞信彦『『司法省日誌』登載指令の援引をめぐる一考察』『明治初期伺・指令裁判体制の一掬』(2016年)120頁。
- (19) これを規定するのは、次の規定である。

#### 断獄律出入人罪条

凡官吏。故サラニ人ヲ罪ニ出入シ。全ク出タシ。全ク入ルル者ハ。出入スル所ノ全罪ヲ以テ論ス。若シ故サラニ輕ヲ増シテ。重ト作シ。重ヲ減シテ輕ヲ作ス者ハ。其増減スル所ノ罪ヲ以テ坐ス。死ニ至ル者ハ。坐スルニ。死罪ヲ以テス。若シ罪ヲ断シテ。入ルニ失スル者ハ。各三等ヲ減ス。出タスニ失スル者ハ各五等ヲ減ス。并ニ罪。所由ヲ以テ。首ヲ為ス。

このように、故意(故)・過失(失)を問わず、無罪とされるべきものを有罪とし、又は、有罪とされるべきものを無罪とした場合のみならず、重く処罰されるべきものを軽く処罰した場合、又は、軽く処罰されるべきものを重く処罰した場合にも、裁判権者である官吏に刑事責任が追及される。

- (20) 詳細については、特に、霞信彦「明治初期における刑事裁判について―伺・指令裁判体制を中心に―」『明治初期伺・指令裁判体制の一掬』(2016年)205頁以下。
- (21) この経緯については、岩谷十郎「訓令を仰ぐ大審院」『明治日本の法解釈と法律家』(2012年)69頁以下に詳しい。また、菊山正明「明治8年の司法改革」早稲田法学66巻1号(1990年)55-56頁も参照。大審院は具体的事件における法令解釈を裁判の理由中に示す権限のみが与えられた。
- (22) 司法省指令明治9年11月2日『司法省指令録刑事部第2號』13頁(句点を補い、難読箇所ルビを付した)
- (23) 動物使噉行為は、のちに旧刑法では違警罪(426条6号「路上ニ於テ犬其他ノ獸類ヲ噉シ又ハ驚逸セシメタル者」)、現行刑法(明治40年)下では警察犯処罰令3条12号(「濫ニ犬其ノ他ノ獸類ヲ噉シ又ハ驚逸セシメタル者」)を経て、軽犯罪法1条30号(「人畜に対して犬その他の動物をけしかけ、又は馬若しくは牛を驚かせて逃げ走らせた者」)により可罰的とされる。これらにつき、山火正則「軽微な犯罪類



- 型の系譜—違式誹違條例から軽犯罪法へ」神奈川法学46巻1号（2014年）259頁参照。
- (24) 新律綱領では断罪無正条条（「凡律令ニ。該載シ盡セサル事理。若クハ罪ヲ断スルニ。正条ナキ者ハ。他律ヲ援引比附シテ。加フ可ハ加ヘ。減ス可キハ減シ。罪名ヲ定擬シテ。上司ニ申シ。議定ツテ奏聞ス。」）により、類推適用が認められる。
- (25) 新律綱領の運用において、清律が重要な役割を果たしたことにつき、とくに、中山勝「新律綱領および改定律例に与えた清律例の影響」『明治初期刑事法の研究』（1990年）77頁以下。
- (26) 現行法においても動物使喚罪（軽犯罪法1条30号前段）は、刑法典上の犯罪が成立する場合は、これに吸収されると理解され、暴行罪・傷害罪等の成立を妨げない（伊藤榮樹（勝丸充啓改訂）『軽犯罪法』（新装第2版、2013年）207頁）。
- (27) 司法省明治9年11月14日指令『司法省指令録刑事部第5号』7頁（句点を補った）。
- (28) 同で「新律」とされるのは、改定律例のことである。
- (29) 違式誹違條例（明治6年7月19日太政官布第256号）誹違罪目53条（6錢2厘5毛以上12錢5厘以下の贖金の追徴）。なお、松本孝輔『改正京都府違式誹違條例』（1878年）によれば、京都府では「噪闘口論及ヒ人ノ自由ヲ妨ケ且驚愕ス可キ騒動ヲ為シ出セル者」（京都府違式誹違條例誹違罪目21条）との規定であった。
- (30) 旧刑法の編纂過程において、闘毆と殴打創傷の罪の関連性は意識されていたようである。旧刑法の草案作成にあたり、ボワソナードと日本人委員と議論を伝える『日本刑法草案会会議筆記』によれば、のちに旧刑法299条に結実することとなる「殴傷死ニ致シタル罪」がボワソナードから示された際に、日本人委員（鶴田皓）から、これは闘毆殺（前掲注（16）参照）に対応するものであるとの応答がなされている。
- (31) 闘毆律（新律綱領）と殴打創傷の罪（旧刑法）の関係につき、平野義太郎「明治刑法発達史」明治史料研究連絡会『明治権力の法的構造』（新装版、1966年）157-158頁参照。
- (32) 旧刑法における殴打創傷の罪については、すでに、朝倉京一「暴行傷害罪に関する一考察」専修法学論集35号（1982年）4頁以下、齋野彦弥「暴行概念と暴行罪の保護法益」成蹊法学28号（1988年）439頁以下などの研究がある。併せて参照されたい。
- (33) 井上操『刑法〔明治13年〕述義 第三編（上）』（1999年（原著：1890年））60-

61頁。

(34) 井上・前掲注(33) 61頁。

(35) 宮城浩蔵『刑法正義』(1984年(原著:1893年) 640頁は、井上の所説を「是れ強ひて説を為すの嫌あり」と批判する。

(36) 宮城・前掲注(35) 640頁。

(37) この場合の故意については争いがあった。岡田朝太郎『訂正増補再版 日本刑法論 完各論之部』(1995年(原著:1895年)) 714-715頁は、殴打創傷の罪の成立につき、創傷結果の故意を要求する(ただし、創傷の程度については故意を不要とし、生じた結果の軽重による処罰を認めるし、殴打の故意があることから創傷の故意があることを推定する)。しかし、多数の見解は、殴打の故意があれば殴打創傷の罪の成立に十分であるとす(宮城・前掲注(35) 643頁、磯部四郎『改正増補 刑法〔明治13年〕講義 下巻〔第二分冊〕』(1999年(原著:1893年)) 860頁)。

(38) 観念的には、現行刑法204条が、暴行により傷害した者と暴行によらず傷害した者を併せ規定していることと同様に、「殴打創傷」も「殴打し、且つ、創傷した者、又は、創傷した者」との解釈はあり得よう。しかし、このような理解によれば、「創傷シ」とのみ規定すればよいから「殴打」の文言が意味を失う。文理上、困難な解釈である。

(39) 宮城・前掲注(35) 641頁。

(40) 293条「毒物ヲ施用シテ人ヲ殺シタル者ハ謀殺ヲ以テ論シ死刑ニ処ス」

(41) 岡田(朝)前掲注(37) 712頁。

(42) 磯部・前掲注(37) 853頁。

(43) 岡田(朝)・前掲注(37) 706-707頁。龜山貞義『刑法〔明治13年〕講義 卷之二』(2002年(原著:1898年)) 421頁も「殴打の文辞は其意義狹隘に失」するとする。

(44) 「法律ニ正条ナキ者ハ何等ノ所為ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」。もっとも、旧刑法における罪刑法定主義に関し、足立昌勝「旧刑法における罪刑法定主義」『近代刑法の実像』(2000年) 136頁は、罪刑法定主義は「各則の解釈に反映してしかるべきである」が「そのような機能をいっさい果たしていない」との評価を下す。

(45) 違式註違条例註違罪目53条(「喧嘩口論及ヒ人ノ自由ヲ妨ケ且驚愕スヘキ噪闐ヲ為シ出セル者」)に相応する規定は、旧刑法429条11号「道路ニ於テ放歌高声ヲ発シテ制止ヲ肯セサル者」及び同12号「酩酊シテ道路ニ喧噪シ又ハ酔臥シタル者」とされ(山火・前掲注(23) 253-254頁による)、公共の秩序に対する犯罪としての面から純化され、再構成されている。

- (46) 宮城・前掲注(35) 640頁は、木登りをしている者に投石して驚かせ、転落させて創傷が生じた場合であっても殴打に該当しないとして、殴打創傷の罪の成立を否定する。
- (47) もっとも、改正の要否について、学説では温度差があった。岡田（朝）・前掲注(37) 707頁は「早晩適当なる改正に遭遇する事あらん」とし、改正の必要性を主張する。これに対し、解釈により適当な処罰範囲が確保される以上、改正は要さないとする見解もあった（勝本勘三郎『刑法各論』（1903年）512-513頁は「殴打創傷とは……一種の専門語」であり「通俗の意義を以て法律上の専門語を解し用語不完全なるか故に之を修正すへきと云はは識者の嗤笑を免れさるへし」とする）。
- (48) 宮城・前掲注(35) 641頁。
- (49) 龜山・前掲注(43) 421頁。
- (50) 岡田（朝）・前掲注(37) 707頁。
- (51) 岡田（朝）・前掲注(37) 711頁。
- (52) 岡田（朝）・前掲注(37) 710頁。
- (53) 江木衷『現行刑法原論 卷之一～卷之四』（再版、1894年）卷之三211頁。
- (54) ボワソナード（中村純九郎訳）『刑法草案註釈 下』（1886年）327-331頁。
- (55) ボワソナード（中村純九郎訳）前掲注(54) 1118頁は、violence の訳として「暴行脅迫」をあてている。
- (56) ボワソナード（中村純九郎訳）前掲注(54) 1003頁は、coups の訳として「殴打」を当てている。
- (57) なお、『刑法草案註釈 下』（ボワソナード（中村純九郎訳）前掲注(54)）878頁においては、旧刑法425条9号に相当する規定も「故意を以て人に暴行を加へて創傷疾病に至らざる者」としており、「殴打」に代え「暴行」の文言が用いられている（488条）。
- (58) 勝本・前掲注(47) 513-514頁。
- (59) 明治35年改正案では、単純傷害罪を定める240条が身体傷害（5年以下の懲役又は100円以下の罰金若しくは科料）よりも、婦女の頭髮の切斷（1年以下の懲役又は50円以下の罰金若しくは科料）を軽く処罰するように変更したほか、明治34年草案と同様の規定である。
- (60) 岡田（朝）・前掲注(37) 706-707頁は、創傷とは「医家の所謂開口損傷のみに相当す。開口損傷とは切創、割創、刺創、挫創、裂創の類を謂ひ……文字通の解釈を下す時は創傷の中には不開口損傷〔単純挫傷、骨傷、内臓破裂の類〕と疾病とを

含まざる事となるなり」と指摘する。

(61) 牧野英一『重訂 日本刑法 下巻』(1938年) 26-27頁。

(62) 大場茂馬『刑法各論 上巻』(増訂第4版、1912年) 193頁。このほか、無形的方法による暴行を認める論者に久礼田益喜『刑法学概説』(増訂9版、1943年) 579頁がある。

(63) 滝川幸辰『刑法各論』(1933年) 437頁(引用は、『滝川幸辰著作集 第1巻』(1981年)による。以下同じ)、宮本英脩『刑法学粹』(1931年) 544頁(「自然力」ともいう)。

(64) 岡田庄作『刑法原論 各論』(増訂第15版、1924年) 442頁。

(65) 牧野・前掲注(61) 26-27頁。

(66) 牧野・前掲注(61) 281頁。

(67) 牧野・前掲注(61) 281頁。

(68) 滝川・前掲注(63) 437-438頁。このほか、泉二新熊『日本刑法論 各論』(訂正44版、1939年) 520-521頁、宮本・前掲注(63) 545頁、小野清一郎『新訂 刑法講義各論』(1956年) 172頁も暴行を有形力(物理力)の行使と解しつつ、催眠術を暴行にあたるとする。

(69) 松原芳博『刑法各論』(2016年) 45-46頁。催眠術は有形力に当たらないことが指摘される(たとえば、中義勝『刑法各論』(1975年) 31頁)。これに対し、催眠術の施用を暴行とするものとして、大塚仁『刑法概説(各論)』(第3版増補版、2005年) 35頁など。

(70) 一柳廣孝『催眠術の日本近代』(復刻版、2006年(原著:1997年) 13頁以下、64頁。以下の叙述もこれに負うところが多い。

(71) たとえば、古賀廉造「催眠術と医業の区別を論ず」国家医学会編『催眠術及びズグゲスチオン論集下』(1904年(吉永進一『催眠術の黎明—近代日本臨床心理の誕生4』(2006年)に所収。引用はこれによる)) 94頁以下。

(72) 古賀・前掲注(71) 100-102頁。なお、野田忠廣「催眠術の取締に就て」国家医学会編『催眠術及びズグゲスチオン論集下』(1904年(引用は、前掲注(71)と同じ) 135頁以下によると、判例においても「医業」該当性を否定した地方裁判所の判断があったようである。

(73) 大澤謙二「催眠術と医業の区別に就ての討論」国家医学会編『催眠術及びズグゲスチオン論集下』(1904年(引用は、前掲注(71)と同じ) 107-112頁、野田・前掲注(72) 146頁。

- (74) 鹽野季彦『警察犯處罰令釋義』（1927年）83頁は「近来催眠術の流行につれ之を濫用する者ある」ことを立法理由として説明する。
- (75) 催眠状態と傷害罪との関係については、数中悠「刑法における傷害概念と意識障害」法学政治学論究106号（2015年）6頁（自覚的な議論がなされた形跡はないと評す）。
- (76) 警察犯処罰令は、刑法典の犯罪の成立を排除するものではないことにつき、鹽野・前掲注（74）84頁。
- (77) なお、現行刑法施行前の明治39年に施行された旧医師法（明治39年法律第47号）11条は「免許ヲ受ケスシテ医業ヲ為シタル者、停止中医業ヲ為シタル者……ハ五百円以下ノ罰金ニ処ス」と規定していた。
- (78) このような暴行の定義規定は、1950年代から1960年代にかけての諸草案に受け継がれる。たとえば、1962年ドイツ刑法草案（Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962）11条2項は「行為者が、意識を喪失させまたは肉体的に抵抗することを不可能ならしめるために、他人に対しその者の意思によらずに催眠術を用い、または、麻酔薬、麻薬またはこれに類似の薬物を他人の身体に対しその者の意思によらずに施用したときは、本法においては、これを暴力とみなす」（訳は『一九六二年ドイツ刑法草案』（1963年）による）と規定していた。同種の規定は、1960年ドイツ刑法草案（Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960）11条2項にも同様の規定が置かれている。これに対し、1966年ドイツ刑法草案総則対案（Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil）には、このような規定が置かれていない。同理由書によれば、『『暴力』概念の諸問題は、定義によっては解決されえない」とし、各則の解釈にゆだねるべきとする（『一九六六年ドイツ刑法草案総則対案理由書』（1969年）24頁）。
- (79) なお、現在のドイツにおいても催眠術や睡眠薬の使用を Gewalt に含むとする立場が通説である（Vgl. Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 17. Aufl., 2016, § 23 Rn.25; Gerhard Altwater, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd.7, 12. Aufl., 2015, § 240 Rn. 13）である。
- (80) 現に、泉二新熊『日本刑法論 下編（各論）』（全訂26版、1919年）1343頁は、ドイツの刑法草案を引きつつ、暴行の概念に検討を加える。
- (81) Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Begründung. Allgemeiner Teil., 1909, S.22.

- (82) Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Begründung. Besonderer Teil., 1909, S.674.
- (83) A. a. O. (Anm.82), S.679.
- (84) A. a. O. (Anm.82), S.752.
- (85) Vgl. Karl Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil, Bd. 1, 2.Aufl., 1902, S. 83.
- (86) 「その他の方法」については、科学技術の進展に伴って催眠術・睡眠薬に類似する新たな方法の出現に備えて、包括的文言を用意したと説明される(a. a. O. (Anm. 81), S. 22)。
- (87) 暴行の定義規定を置いた1909年予備草案は、この Binding の見解 (Binding, a. a. O. (Anm. 85), S.83は、催眠術も暴行に含まれるとの解釈を示す) に依拠している (a. a. O. (Anm. 81), S. 22, Anm. 2.)。
- (88) 法定刑は有期重懲役 (1年以上15年以下 (14条)) である。犯情が軽い場合は、1年以上の軽懲役 (上限は、5年 (16条))。なお、重懲役と軽懲役は共に刑事施設内で刑務作業に従事するが、外部交通の制限、刑務作業の内容の軽重、施設内での行動の自由 (食事の自弁の可否、服装の自由など) に差が設けられていた。
- 1909年予備草案は、244条2号で「意識不明その他抵抗能力がない、又は、精神障害がある婦女に、婚姻外性交を行ない虐待した場合」を処罰する旨を規定する。ただし、このような抗拒困難状態に乗じた性的虐待は、10年以下の重懲役 (犯情が軽い場合は、5年以上の軽懲役) が法定刑として規定されており、通常の強姦罪を規定する243条よりも軽い処罰が予定されている。睡眠薬等により昏睡させた場合を「暴行」に含めることには、処罰の軽い244条2号ではなく、処罰の重い243条の強姦罪の成立を認めるとすることに実益があると解される。
- (89) 法定刑は有期重懲役 (1年以上15年以下 (14条)) である。また、犯情が軽い場合は、3月以上の軽懲役である (上限は、5年以下 (16条))
- (90) W.Kahl/K. v. Lilienthal/F. v. Liszt/J. Goldschmidt, Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs:Begründung, 1911, S.11.
- (91) 「違法な結果を惹起する (einen dem Recht zuwiderlaufenden Erfolg herbeizuführen) 目的で人に暴行又は脅迫により行為、受忍、不作為を強要した者は、軽懲役に処す。」
- (92) 「女子に対して暴行又は人的な現在の危険をその者若しくは親族その他身近な者に及ぼす旨の脅迫により、わいせつ行為の受忍を強要した者は、5年以下の重懲役

に処す。猥褻行為が婚姻外の性交であるときは、10年以下の重懲役に処す。」

- (93) 「人に対する暴行又は人的な現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用い、自己又は第三者に領得させることで違法な財産的損害を加える目的で、人から、動産を奪取し、又は、強奪した者は10年以下の重懲役に処す。」

- (94) 1913年委員会草案は、以下のよう定める。

強要罪（310条）「暴行、又は、暴行を加え、若しくは、その他の違法な行為を行う旨の脅迫により、その者に法的に義務づけられていない行為、受忍、又は、不作為を強要した者は、2年以下の軽懲役又は罰金に処す。」

強姦罪（313条）「女子に対し、暴行又は身体若しくは生命に対する現在の危険を及ぼす旨の脅迫により、婚姻外の性交の受忍を強要した者は、有期重懲役に処す。犯情が軽い場合には1年以上の軽懲役に処す。」

強盗罪（361条）「人に対する暴行により、又は、身体若しくは生命に対する現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いて、違法に自己に領得し、又は、第三者に領得させる目的で、人から動産を奪取、又は、強奪した者は、有期重懲役に処す。犯情の軽い場合は、3月以上の軽懲役に処す。」

- (95) 1919年草案は、以下のよう定める。

強要罪（312条）「暴行又は暴行を加え、若しくは、重罪若しくは軽罪を行う旨の脅迫を用いて、人に行為、受忍、又は、不作為を強要した者は、2年以下の軽懲役に処す。」

強姦罪（314条）「女子に対して暴行、又は、身体若しくは生命に対する現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いて、婚姻外の性交を甘受するよう強要した者は、重懲役に処す。」

強盗罪（369条）「人に対する暴行により、又は、身体若しくは生命に対する現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いて、自己又は第三者に違法に領得させる目的で、人から他人の動産を奪取し、又は、強奪した者は、重懲役に処す。」

- (96) Denkschrift zu dem Entwurf von 1919, S.19（引用は、Entwurf zu einem deutschen StGB; Bibliothek des deutschen Strafrechts - Neue Meister 33, 1997に依る）。同様の表現は、1925草案理由書（Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung 1925）11頁にも見られる。

- (97) 宮本・前掲注（63）630頁（昏酔させる「方法に制限なし。薬物等を使用する外催眠術を用ゆるも亦可なり」）。

- (98) このことは、その後の立法動向からも裏づけられる。改正刑法假案（1940年）

を基礎として編纂された『改正刑法準備草案(未定稿)』(1960年)は、8条4項で「暴行といううちには、人の健康を害する物を用い、又は人の意識を障害しもしくは抗拒を妨げるため薬物、催眠術その他の方法を用いる行為を包含する」との規定が設けられたが、『改正刑法準備草案』(1961年)では、当該規定は削除され、各則の規定に委ねられた。すなわち、改正刑法準備草案(1961年)311条「暴行又は脅迫を用いて、女子を姦淫した者は、3年以上の有期徒刑に処する。女子を心神喪失もしくは抵抗不能状態に陥れ、又は女子が心神喪失もしくは抵抗不能状態にあるのを利用して、これを姦淫した者も、同じである」、同340条は「暴行又は脅迫を用いて、他人の財物を強取した者は、強盗の罪とし、3年以上の有期徒刑に処する。人を心神喪失又は抵抗不能状態に陥れて、その財物を盗取した者も、同じである」と規定する。それぞれ、311条後段(強姦罪)は、「現行第178条の姦淫の部分と同趣旨」(刑法改正準備会『刑法準備草案附同理由書』(1961年)282頁〔中野次雄〕)、340条後段(強盗罪)は、「現行刑法239条に相当する規定」(同292頁〔正田満三郎])と説明される。なお、同予備草案164条(暴行・脅迫による公務妨害、職務強要罪)には、心神喪失・抵抗不能類型に関する規定はみられない。276条(暴行罪)も同様である。

(99) 身体に対する攻撃は、もっぱら、身体傷害(虐待)罪の問題となる(この点については、齋野・前掲注(32)446頁以下参照)。たとえば、1909年予備草案227条は「故意に他人を身体的に虐待し(körperlich mißhandeln)、又は、その健康を害したものは、身体傷害の罪とし、3年以下の軽懲役又は拘留、5千マルク以下の罰金に処する。犯情が軽い場合は、刑を免除することができる」と規定していた(法定刑のほかは、現行刑法典223条とほぼ同様の規定である)。もっとも、身体虐待罪の成立範囲は、わが国の暴行罪の成立範囲より狭い(近時、身体虐待を否定したものに、連邦通常裁判所2001年6月12日決定(StV 2001, 680)がある。事案は、被害者の胸に殴打を加えたものである)と思われる。なお、身体虐待に当たらない行為について、暴行による侮辱罪(ドイツ刑法典185条後段)の成立がありうることに付き、江家義男『刑法各論』(増補版、1963年)201頁参照。

(100) 更に、326条2項は「殴打創傷他暴行ヲ加ヘント脅迫シ又ハ財産ニ放火シ又ハ毀壞劫掠セント脅迫シタル者」と明白に「殴打」と「暴行」を区別して用いているのである。309条(「自己ノ身体ニ暴行ヲ受クルニ因リ直チニ怒ヲ発シ暴行人ヲ殺傷シタル者」)にも暴行の文言がみられる。また、「暴行人」の文言が、309条のほか、314条、316条が見られる。



- (101) 刑法改正政府提案理由書によれば、現行刑法95条の公務執行妨害罪は、保護の対象となる公務を拡張したほかには、「少しも変更あることな」とされている（倉富勇三郎ほか監修『増補 刑法沿革総覧』（1990年）2167頁）。なお、村井敏邦『公務執行妨害罪の研究』（1984年）43頁以下も参照。
- (102) これに対し、牧野英一「公務妨害罪ニ於ケル暴行」法学志林20巻11号（1918年）97-98頁は、疑問を呈す。
- (103) たとえば、大場茂馬『刑法各論 下巻』（増訂第3版、1912年）710-711頁。なお、牧野・前掲注（102）98頁は、暴行の直接・間接を問わず、人（公務員）に対して加えられたか否かを判断すれば足りるとし、間接暴行の概念を不要とする。
- (104) 小疇伝『日本刑法論各論』（1905年）124-125頁。
- (105) 井上操『刑法〔明治13年〕述義 第二編（上）』（1999年（原著：1885年））230-231頁。
- (106) 岡田（朝）・前掲注（37）139頁。
- (107) 大場・前掲注（62）192頁。
- (108) 松原・前掲注（69）47頁。これに対し、大谷実「暴行と傷害」西原春夫ほか編『判例刑法研究5 個人法的に対する罪Ⅰ』（1980年）66頁は、毛髪を裁断・剃去は傷害結果発生の危険を有する行為であったとする。
- (109) 泉二新熊『改正 日本刑法 全』（訂正4版、1908年）749頁。しかし、のちにこの立場は放棄された（泉二・前掲注（68）520-521頁は「毛髪及び鬚髯を断つこと〔は〕……暴行たるを得るものと解するを穩当とす」とする）。
- (110) 宮本・前掲注（63）545-546頁。
- (111) 宮本・前掲注（63）545頁は、暴行罪の成立に身体侵害結果を要求することから、有形力が身体（又はその延長）に接触していない場合には、暴行罪の成立を否定すべきとする。同時期の同旨の見解として、岡田（庄）・前掲注（64）443頁。
- (112) 同判決につき、傷害罪の成立を肯定すべきであったとするものに、柏木千秋『刑法各論』（再版、1965年）341頁。
- (113) 音響による暴行については、大阪地判昭和42年5月13日判時487号70頁も参照（暴行罪を肯定するが、傷害発生の危険性を肯定できる事案である）。
- (114) このほかに物の投げつけ行為に暴行罪の成立を認めるものとして、東京高判昭和30年4月9日高刑集8巻4号495頁（運転中の自動車に投石し命中させた事案）、仙台高判昭和30年12月8日高刑裁特2巻24号1267頁（被害者に向けて椅子を投げつけたものの命中しなかった事案）など。なお、水戸地判昭和38年3月25日下刑集5

巻3=4号306頁(いたずら目的で被害者の至近を狙って猟銃を発砲し、誤って命中させた事案につき、発砲行為に暴行該当性を肯定)も参照。

(115) 野村・前掲注(9)36頁。

(116) 同判決の調査官解説は、「被害者の五官に直接間接作用して不快ないし苦痛を与えるべき性質のものであるかぎり、ここにいう有形力に包含せしめて差支えない」とする(堀江一夫「判解」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和39年度)』(1965年)10頁)。しかし、およそ不快・苦痛は、単なる侮辱・脅迫によっても生じるから、これのみでは、暴行罪を肯定する根拠とはならないだろう。ここで不快・苦痛とされているのは、身体に対する傷害(その極限としての死)が生じる危険性の感覚ではなかろうか。

(117) 伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』(2007年)40-41頁〔島田聡一郎〕は、被害者の身体に接触がみられない事案で、暴行罪の成立が認められたのは、傷害の危険があった場合のみであることを指摘する。

(118) 本件では、公務執行妨害罪の訴因で起訴がなされているが、公務の適法性が争われている。裁判所は公務の適法性についての判断を留保し、公務執行妨害罪及び暴行罪の「暴行」に該当しないとして無罪判決を下している。

(119) さらに、岡山地判昭和43年12月11日判タ237号313頁も、酔っぱらった被害者が暴力をふるってきたため、これを制止するため肩付近を軽く押したという事案につき「刑法208条にいう不法な有形力の行使としての暴行には該当」しないとした。

(120) 藤木英雄「労働争議における暴行と威力について」警察学論集13巻5号(1960年)18-19頁は「暴行という概念そのものが、極く形式的に、単なる有形力の行使として定義すべき性質のものではない」、「同じく相手方の着衣の袖をつかむ行為であっても、その行為のなされる際の周囲の状況を併せ考えるならば、場合によってそれが暴行を構成すると認めうる場合もあり……また暴行を構成しないとみるべき場合もある」と指摘する。

(121) 福岡高判昭和46年10月11日の匿名解説(判時655号98頁)は「本件の事実関係の下では、本判決が本件塩まき行為を暴行罪と認定したことについては異論のないところではないかと思う」とする。

(122) 佐久間修「暴行罪の意義と刑法の解釈」夏目文雄先生古希記念『刑事法学の新展開』(2000年)93-94頁参照(相手方に対する心理的影響力を重視する)。

(123) 「後方が確認できないまま後ずさりする」行為が、傷害発生の危険を十分に有した行為かについては疑問の余地がある(神馬・前掲注(2)78頁参照)。

- (124) 山口厚『刑法各論』（第2版、2010年）41頁注1）参照。反対に、暴行概念に自由侵害犯的側面や意思侵害犯的側面を読み込むことにより、刑法典を通じて統一的に解釈することが可能となるという利点を指摘するものに、齋野・前掲注（32）450頁、佐久間・前掲注（122）102頁。

